

VU Research Portal

Het geschil als spil. De empirische cyclus van rechtswetenschap

Struiksma, J.

2012

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Struiksma, J. (2012). *Het geschil als spil. De empirische cyclus van rechtswetenschap*. J. Struiksma.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Het geschil als spil

JAN STRUIKSMA

Het geschil als spil

De empirische cyclus
van rechtswetenschap

© 2012 Jan Struiksma, Zaandam

Het staat iedereen vrij om deze publicatie geheel of gedeeltelijk te gebruiken voor onderwijsdoeleinden. Daarvoor is geen bijdrage verschuldigd aan de Stichting PRO, noch aan de rechthebbende. Voor het gebruik voor andere doeleinden, in welke vorm dan ook, is toestemming nodig van de rechthebbende.

Omslag: Januskop van Bertil Vallien (foto auteur)

ISBN 978-90-820002-0-7

‘Bestuursrechtelijke theorie dient niet (zo zeer) om de rechter te vertellen wat hij moet doen [...] maar (vooral) om de praktische vragen [...] systematisch te ordenen, en met elkaar in verband te brengen. Wat zich aanvankelijk als een chaotische massa aan ons voordoet, krijgt dan structuur en wordt zo beheersbaar voor wat ons intellect ter beschikking staat. Als de ordening, de ‘structure-ring’, bijdraagt tot trefzekerheid van die vragen, is dat meegenomen.’

Dit citaat is ontleend aan het afscheidscollege van Wim Duk uit 1984 en komt voor in de bijdrage van Leo Damen, ‘Wim Duk: man van beleids- en beoordelingsvrijheid, of meer?’, in: *Oude Meesters*, Deventer: Kluwer 2009, p.81. Het afscheidscollege is helaas niet in druk verschenen, maar bewaard door Leo Damen en aan mij in kopie ter beschikking gesteld. Ik dank hem daarvoor heel hartelijk.

Woord vooraf

Dit stuk is het resultaat van een vrij langdurig en geregeld onderbroken denkproces. In 2009 moest ik me bezig houden met de omschrijving van de eindtermen van het rechtswetenschappelijk onderwijs. In dat kader vroeg ik me af of het mogelijk zou zijn aan de voor het rechtswetenschappelijk onderzoek vereiste redeneermethode een sluitende beschrijving van het onderwijs te ontleen. Het bleek heel moeilijk om tot een analyse van de redeneermethode te komen, vooral omdat een bevredigend theoretisch model voor de inbedding van deze methode op het eerste gezicht niet voor handen was. Verder bleek dat de redeneermethode ook zou variëren al naar gelang het soort rechtswetenschappelijk onderzoek. Na veel omwegen heb ik uiteindelijk besloten een poging te wagen de theorie van A.D. de Groot, zoals uiteengezet in zijn boek *Methodologie*, toe te passen op het dogmatische civiele rechtswetenschappelijke onderzoek.

Een aantal collega's heeft in de eindfase vanuit verschillende disciplines hulp geboden. Ik dank Arno Akkermans, Harry Dondorp, Lisanne Groen, Richard Neerhof en Pauline Westerman. Speciale dank ben ik verschuldigd aan Don Mellenbergh, leerling van De Groot, die mij via een inspirerend gesprek het vertrouwen heeft gegeven dat ik met een realistisch project bezig was.

Jan Struiksma,

23 oktober 2012

Inhoud

1. Inleiding en doelstelling.....	1
2. Uitgangspunten	5
3. De behandeling in grote lijnen	9
4. De nulsituatie; verhoudingen en gedragingen	12
5. Geschilbeslechteers en adviseurs	14
6. Geschilbeslechting als probleemoplossing	15
7. De rol van intuïtie bij probleemoplossing	16
8. De rol van intuïtie bij geschilbeslechting.....	18
9. Het opdoen van ervaring door een geschilbeslechter	23
10. Een voorbeeld van het opdoen van ervaring.....	24
11. Regelgeving.....	28
12. De mentale empirische cyclus van geschilbeslechting	30
13. Persoonlijke kennis	31
14. Adviseurs	32
15. Een chaotisch en impliciet proces.....	32
16. Romeinsrechtelijke chaos	33
17. Het ontstaan van wetenschap.....	37
18. Een permanente noodzaak van ordening.....	40
19. Theorievorming.....	41
20. De empirische cyclus van de rechtswetenschap.....	44
21. Een voorbeeld van de structuur van rechtswetenschappelijk onderzoek volgens de empirische cyclus	45
22. Een aantal problemen	49

1. Inleiding en doelstelling

De mens heeft een praktische, alledaagse behoefte om de werkelijkheid, die op zich chaotisch is, te verklaren en te ordenen. De wetenschap heeft zich uit deze behoefte ontwikkeld, bouwt daarop voort, en onderscheidt zich daarvan door ordelijke en controleerbare onderzoeksmethoden te gebruiken. Zij laat het niet bij het geven van namen aan verschijnselen, maar probeert ze van sluitende definities te voorzien en zoekt naar controleerbare verbanden in de vorm van verschillen, overeenkomsten en oorzaken. Voor verschillende onderdelen van de werkelijkheid en voor verschillende doeleinden hebben zich verschillende wetenschapsterreinen ontwikkeld, met de bijbehorende verschillen in methoden. De grootste gemene deler is dat het er om gaat een theoretisch systeem tot stand te brengen waarmee de werkelijkheid kan worden geordend en begrepen.

De Groot heeft beschreven hoe we ons de ontwikkeling vanuit het alledaagse denkproces naar de wetenschappelijke benadering moeten voorstellen. De mens kan reflecteren op het proces waarbij hij ervaring verwerft. Hij is zich bewust van een bepaald doel dat hij daarbij op het oog heeft, van de middelen die hij daarbij inzet, de keuzes die hij in dat kader maakt, en de effecten die bepaalde middelen met het oog op het bereiken van het doel sorteert. Er is dus sprake van een evaluatie, waarbij de effectiviteit van het middel in relatie tot het doel kan worden vastgesteld. Het resultaat van de evaluatie kan worden opgeslagen in het geheugen om het bij een volgende gelegenheid te gebruiken.

De mens is zich bewust van zijn vermoedens van samenhang in de werkelijkheid, van verwachtingen met betrekking tot het effect van zijn reacties op die werkelijkheid en van het feit dat hij door zijn reactie die verwachtingen toetst. Er is dus sprake van cyclus van psychische processen die de interactie met de werkelijkheid bege-

leiden en beïnvloeden. De Groot duidt deze cyclus aan als empirische cyclus in de reflectie en beschrijft die als volgt:¹

waarnemen-vermoeden-verwachten-toetsen-evalueren

Voortbouwend op dit denkproces kan een verandering optreden doordat men niet meer naar aanleiding van een concreet probleem een min of meer gedwongen keuze maakt uit verschillende middelen, maar die keuze doet nadat men zich een probleem heeft gesteld.² Dat probleem is daarmee verplaatst naar de voorstelling van de mens. De Groot noemt als voorbeelden: de oplossing van een zuiver logisch, begripmatig of wiskundig vraagstuk; het vinden van een defect aan een motor; het schrijven van een essay of van een roman; het componeren van een symfonie; het ontwerpen van een theorie of van een mathematisch model; het bestuderen, leren begrijpen en interpreteren van menselijke uitingen, of van een historische ontwikkeling.³

In al deze gevallen van creatief, analyserend of begripend denken, is er een doel dat bereikt moet worden en dat doel is te omschrijven als een probleem dat moet worden opgelost. Het is een probleem, omdat de middelen waarmee het doel bereikt zou kunnen worden, niet zonder meer gegeven zijn. In het denkproces zullen deze middelen gevonden moeten worden.

De Groot beschrijft empirische cycli voor de verschillende stadia van abstractie van de ervaring van de werkelijkheid en de reflectie op het verwerven van kennis. Al deze cycli kennen dezelfde grondvormen. Voor de meest abstracte vormen van de cyclus geeft hij de aan dat het denkende subject:

werkelijk ervaring aan de buitenwereld opdoet, door reflectie beseft, dat hij dit doet, het vinden van middelen als probleem stelt en tracht op te lossen, een deel van het proberen mentaal verricht met

¹ A.D. de Groot, *Methodologie*, Assen: Van Gorcum 1994, <http://www.dbnl.org/tekst/groo004meth01_01/>, p. 6. (De Groot 1994)

² De Groot 1994, p. 7.

³ De Groot 1994, p. 10.

het oog op complexe, abstracte, door de cultuur bepaalde doelstellingen, eventueel met behulp van concrete of abstracte modellen van het stuk 'wereld' waar het om gaat - en waarbij het subject, tenslotte, met anderen in communicatie treedt over zijn ervaringsproces.⁴ Dit laatste aspect geeft de overgang aan van een puur interne (in het hoofd plaats hebbende) aangelegenheid naar het contact met de 'buitenwereld' in de vorm van het bediscussiëren en overdragen van kennis. De gevolgde redenering moet in dat kader mondeling worden gepresenteerd, of op schrift gezet. Dit impliceert dat de tot dan toe gebruikte denkmethode en de daarbij gevonden resultaten op een geformaliseerde manier moeten worden weergegeven, zodanig dat 'forumgenoten' de redenering kunnen volgen. Er kunnen allerlei microcycli zijn geweest, tussenstappen gezet, mislukkingen geboekt, maar deze zijn voor het uiteindelijke resultaat niet van belang. Voor de communicatie met de buitenwereld moeten deze worden weggelaten en bovendien moeten de fasen in de cyclus op een herkenbare en logische manier worden opgezet. Dit stelt niet alleen eisen aan de manier waarop de cyclus wordt weergegeven, maar ook aan de bewoordingen waarin de redenering en de resultaten worden gegoten. Deze moeten als het ware 'gestandaardiseerd' zijn of, als ze nieuw zijn, in verband kunnen worden gebracht met al gestandaardiseerde bewoordingen. De wetenschap streeft naar expliciete, overdraagbare kennis.⁵ De Groot beschrijft de wetenschappelijke empirische cyclus uiteindelijk in de vorm van de volgende vijf fasen:⁶

1. Observatie – verzamelen en groeperen van feitenmateriaal
2. Inductie – formuleren van hypothesen
3. Deductie – afleiden van speciale consequenties uit de hypothesen, in de vorm van toetsbare voorspellingen
4. Toetsing – van de hypothesen aan het al dan niet uitkomen van voorspellingen in nieuw empirisch materiaal
5. Evaluatie – van de uitkomsten van de toetsing

⁴ De Groot 1994, p. 17 en 18.

⁵ De Groot 1994, p. 19.

⁶ De Groot 1994, p. 23.

Volgen we het model van De Groot, dan is in een bepaalde sector van empirische wetenschap een ontwikkeling te beschrijven waarbij alledaagse, persoonlijke, ervaring en ordening van de werkelijkheid transformeert in de sterk geformaliseerde en theoretische bezigheid die hierboven als wetenschap werd aangeduid. Het doel van deze bijdrage is deze ontwikkeling te modelleren voor de rechtswetenschap en wel die waarin men aan begripsvorming en systematisering van het recht doet: de rechtsdogmatiek. Ik beperk me daarbij tot de wetenschap van de *civiele* rechtsdogmatiek, zoals beoefend in Nederland. Vooralsnog ga ik er van uit dat de ontwikkeling ook is te beschrijven voor de andere positiefrechtelijke wetenschappen, maar vooronderzoek heeft uitgewezen dat het model dat ik in deze bijdrage zal ontwikkelen voor de andere rechtsgebieden zeer grote verschillen vertoont. Daar moet nader onderzoek plaatsvinden.

Van Hoecke heeft zich in zijn oratie met een deel van deze problematiek bezig gehouden door de vraag te stellen in hoeverre empirisch onderzoek binnen de rechtswetenschappen mogelijk is, waarbij hij zich heeft gericht op de rechtsdogmatiek in het algemeen.⁷ Men ziet in de praktijk vaak verwarring ontstaan over de term ‘empirische wetenschap’. Alle wetenschap die zich tot doel stelt aspecten van de ervaring direct of indirect te ordenen, is empirisch. De daarbij toe te passen methoden hangen af van de typen aspecten die men wil ordenen. In de exacte wetenschappen past men hoofdzakelijk kwantitatieve methoden toe; in de mens- en gedragwetenschappen kan men kwantitatieve en kwalitatieve methoden gebruiken. In het spraakgebruik heeft zich de gewoonte ontwikkeld om kwantitatieve methoden aan te duiden als empirische methoden, maar dat is onjuist. Ook kwalitatieve methoden kunnen worden toegepast in empirisch onderzoek.⁸

⁷ M. van Hoecke, *Is de rechtswetenschap een empirische wetenschap?* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 10 (Van Hoecke).

⁸ Tijssen geeft als voorbeelden van kwantitatieve methoden: surveymethoden, experimentele methoden, formele methoden en numerieke methoden. Van de kwalitatieve methoden noemt hij: observatie en participerende observatie, interviews, afname van vragenlijsten, analyse van documenten

2. Uitgangspunten

Binnen de civiele rechtswetenschap is in de loop van vele eeuwen een uitgebreide kennis opgebouwd over regels die betrekking hebben op de ordening van menselijk gedrag en de manier waarop die regels moeten worden toegepast en gevormd. We zouden kunnen zeggen dat dit het op de praktijk gerichte onderdeel van rechtswetenschap is. Er is echter ook een uitgebreid geheel van theoretische begrippen ontwikkeld: persoon, zaak, subjectief recht, rechtshandeling, overeenkomst, koop, verbintenis, vertegenwoordiging en volmacht, bevoegdheid, enzovoort.⁹ In deze begrippen is in de loop van de negentiende en met name in de twintigste eeuw systeem aangebracht. Veel dateren uit een tijd waarin het moderne wetenschapsidee een volslagen onbekende notie was. Daarmee is niet gezegd dat de begrippen op onwetenschappelijke wijze tot stand zijn gebracht, maar wel dat het nogal voor de hand ligt dat de presentatie van die begripsvorming anders plaatsvond dan men nu, onder meer onder invloed van het werk van De Groot, zou verwachten. Rechtswetenschappers zijn elkaar blijven opleiden in de traditie van eeuwen. Dat zorgt ervoor dat rechtswetenschappelijke onderzoeksrapportages op vele punten niet voldoen aan de eisen van methodologische presentatie zoals die heden ten dage aan wetenschappelijke publicaties worden gesteld.¹⁰ Als we op zoek gaan naar de ontwikkeling van alledaagse, persoonlijke, ervaring en ordening van de werkelijkheid naar wetenschap, dan moeten we door die presentatie heen kijken en ons verdiepen in de psychologische processen die met rechtswetenschappelijk onderzoek gepaard gaan. Deze processen moeten kunnen worden vertaald in de empirische cyclus van De Groot. Van daaruit zouden we vervolgens

en teksten. Zie H. Tijssen, *De juridische dissertatie onder de loep. De verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties*, (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 60 (Tijssen 2009).

⁹ Zie: G.C.J.J. v.d Bergh, *Geleerd recht: een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2007, p.143 (Van den Bergh 2007).

¹⁰ Zie de conclusies in Tijssen 2009.

kunnen werken aan een nieuwe manier om rechtswetenschappelijk onderzoek te presenteren.

Het systeem van juridische begrippen is op een ingewikkelde en niet goed in beeld gebrachte manier verknoot met de regels zoals ze in de rechtspraktijk worden toegepast. Er is sprake van een verwevenheid van wetenschap en object, of in de woorden van Westerman en Wissink: het rechtssysteem is niet alleen onderwerp van onderzoek, maar speelt tevens de rol van theoretisch kader. Zij stellen daarom dat object en theoretisch perspectief van de rechtswetenschap samenvallen.¹¹ Bepaalde theoretische begrippen komen we tegen in de regels die in de praktijk worden gebruikt. Zo lezen we in art. 7:1 BW dat *koop de overeenkomst* is waarbij de een zich *verbindt een zaak* te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen. Het lijkt net of de wetgever deze begrippen heeft bedacht om ze vervolgens in deze regel te gebruiken. Dat is echter niet het geval; deze begrippen kennen zoals gezegd veelal een eeuwenlange historie van ontwikkeling. De wetgever deed in dit geval – en in vele andere gevallen – niets anders dan gebruiken wat al klaar lag in door rechtswetenschappers geordende vorm. Blijkbaar kunnen met de begrippen regels worden gevormd waarmee het menselijk gedrag kan worden geordend.¹² Het tegenovergestelde is ook waar: aan de regels kunnen begrippen worden ontleend.

¹¹ P. Westerman en M. Wissink, 'Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap', *NJB* 2008, p. 504.

¹² Overigens komen er ook vele regels voor waarin begrippen worden gebruikt die in de eerste plaats zijn ontsproten aan het gedachtegoed van de wetgever. We hoeven slechts een blik te werpen op de eindeloos grote hoeveelheid bijzondere bestuursrechtelijke wetgeving om ze te herkennen. Het zijn begrippen waarmee specifieke gedragingen kunnen worden aangeduid en begrippen die nodig zijn om de gedragingen te normeren. In het algemeen gesproken hebben deze begrippen een betekenis die slechts geldig is binnen het terrein waarop de bestuursrechtelijke wetgeving van toepassing is. Denk aan begrippen als: erkende instelling, afsluitend examen, bouwen, oprichten, meldingsplichtig. Deze begrippen kunnen worden geïdentificeerd, evenals de manier waarop ze in de praktijk functioneren, maar er valt niet veel aan te systematiseren. Deze begrippen functioneren in een op het eerste gezicht eenvoudige verhouding, namelijk die waarbij de over-

Omdat in regels door de wetenschap gevormde begrippen voorkomen, is de kwaliteit van die regels, maar ook de uitvoering daarvan, met behulp van de wetenschappelijke theorie te beoordelen. De theorie is als het ware normatief voor de praktijk van de regels. Dat de praktijk zelf ook weer normatief is – met de regels wil men het gedrag van mensen sturen – maakt alles nog onoverzichtelijker. Daarmee is het leed nog niet geleden, want juridische begrippen hebben een normatieve lading. De wetenschappelijke omschrijving van die begrippen heeft dus ook een normatieve lading. Dit impliceert dat een rechtswetenschapper niet alleen registreert, maar ook modelleert op basis van zijn rechtvaardigheidsgevoel. Het gaat er niet alleen om dat een begrip een juiste plaats krijgt in het theoretische systeem, het moet ook een rechtvaardig gevolg hebben bij praktische toepassing. De wetenschapper voert in dat kader experimenten uit, waarbij de gevolgen van de ene of andere omschrijving van een begrip worden getoetst aan bestaande of hypothetische casus. Op dat moment lijkt het werk van een wetenschapper precies op dat van een wetgevingsambtenaar, advocaat of rechter. In de praktijk hebben vele rechtswetenschappers bovendien ooit wel een van deze drie rollen gespeeld.

Deze theoretische, praktische en personele verwevenheid maakt het moeilijk een heldere blik te krijgen op de ontwikkeling van de rechtswetenschap uit alledaagse, praktische bezigheden. Om dit probleem op te lossen, kies ik er voor om recht en rechtswetenschap in volgorde van ontstaan van elkaar te scheiden en uit te gaan van

heid de bevoegdheid heeft om rechten en plichten van burgers eenzijdig te bepalen. De rechtswetenschap is niet in de eerste plaats geïnteresseerd in de inventarisatie en analyse van al die bijzondere begrippen (tenzij ze bij nader inzien gemeenschappelijke kenmerken vertonen), maar meer in de verschillende vormen waarin de overheidsbevoegdheid tot uitdrukking komt en de diversiteit van aanspraken en plichten van burgers. Het resultaat is een algemeen bestuursrechtelijk begrippensysteem, dat bruikbaar is voor de wetgever, net als dat het geval is bij de eerder genoemde begrippen. In deze bijdrage laat ik dit begrippensysteem verder buiten beschouwing.

een situatie waarin er geen recht is: een historische nulsituatie. Vanuit die situatie ontstaan rechtsregels in het kader van het beslechten van geschillen. De daarbij toegepaste empirische cyclus valt te beschrijven. Ten behoeve van georganiseerde kennisoverdracht is begripsvorming noodzakelijk. In dat kader ontwikkelt zich de rechtswetenschap. Van die begripsvorming kan de empirische cyclus worden beschreven.

In dit model is geschilbeslechting dus de alledaagse, praktische bezigheid waaruit zich historisch gezien de rechtswetenschap heeft ontwikkeld.

In een later stadium worden regels op basis van door de wetenschap verworven inzichten vastgesteld door regelgevers en geïnterpreteerd en toegepast door geschilbeslechteers. Aan de hand van hun uitspraken toetst de rechtswetenschap de eerder verworven inzichten en ontwikkelt weer andere. Daarmee is de cirkel gesloten en zien we de eerder gesignaleerde verwevenheid tussen theorie en praktijk. Het op basis van de historische nulsituatie beschreven model blijft echter ook in die verwevenheid bruikbaar, omdat geschilbeslechteers op ieder moment worden geconfronteerd met geschillen die betrekking hebben op verhoudingen en gedragingen waarop nog geen recht van toepassing is. We kunnen deze situatie aanduiden als de actuele nulsituatie.

Voor dit model is het algemene uitgangspunt dat de ontwikkeling van recht en rechtswetenschap uitsluitend betekenisvol kan worden beschreven aan de hand van werkelijk waarneembare fenomenen.¹³ Men zou kunnen stellen dat dit uitgangspunt past binnen een (nieuwe) rechtsrealistische benadering, maar direct moet het misverstand worden weggenomen als zou de bedoeling zijn aansluiting te zoeken bij en voort te borduren op de kenmerken van het rechts-

¹³ Waarneembaar in de zin van actuele waarneming, maar ook in de betekenis van reconstructie van waarnemingen die in het verleden mogelijk zouden zijn geweest (geschiedschrijving), evenals waarneming van externe gevolgen van (vooralsnog) verborgen processen met daarop gebaseerde hypothesevorming (modellen van psychologische processen).

realisme.¹⁴ De bedoeling is uitsluitend niet meer te beweren dan door onderzoek gecontroleerd kan worden.

Intussen leidt dit uitgangspunt tot een keuze van bronnen die in verband kunnen worden gebracht met een realistische benadering. Zo is de historische nulsituatie gebaseerd op het werk van Maine.¹⁵ Voor het begrip verhouding bouw ik voort op de ideeën van Hohfeld¹⁶ en Rainbolt.¹⁷

Voor de beschouwingen over de rol van de intuïtie bij geschilbeslechting heb ik een aantal klassieke bronnen, namelijk Isay, Meijers en Scholten, gecombineerd met moderne publicaties over de cognitieve betekenis van de intuïtie.

De beschrijving van de manier waarop geschilbeslechters ervaring opdoen vindt haar basis in het eerder vermelde werk van De Groot, evenals de uiteenzettingen over de empirische cycli.

De analyse van de ontwikkeling van geschilbeslechting tot rechtswetenschap is gebaseerd op publicaties over de vroege geschiedenis van het Romeinse recht en de ontwikkeling van het daaraan gerelateerde rechtsgeleerde schrijven.¹⁸

3. De behandeling in grote lijnen

In de nulsituatie is er geen recht maar uiteraard wel interactie tussen mensen. In die interactie ontstaan verhoudingen en die verhou-

¹⁴ Zie voor deze kenmerken J.B.M. Vranken, 'Nieuw rechtsrealisme in het privaatrecht', *WPNR* 6912, p. 1114.

¹⁵ H.S. Maine, *Ancient Law*, derde druk, Londen: John Murray 1866 (Maine 1866); H. S. Maine, *On Early Law and Custom*, new edition, Londen: John Murray 1890 (Maine 1890).

¹⁶ W.N. Hohfeld, 'Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning', in: *Yale Law Journal*, 1913-1914, issue 23, p. 16 e.v. (Hohfeld)

¹⁷ G.W. Rainbolt, *The concept of rights*, Dordrecht: Springer 2006 (Rainbolt 2006).

¹⁸ C.S. Lobingier, *The evolution of the Roman law: from before the Twelve Tables to the Corpus juris*, Buffalo, New York: Fred B. Rothman Publications 1999 (Lobingier); P. Stein, *Regulae iuris: from Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh: University Press 1966, P. Stein (Stein 1966), *Roman law in European history*, Cambridge: Cambridge University Press 1999 (Stein 1999).

dingen verplichten weer tot gedragingen (§4. *De nulsituatie; verhoudingen en gedragingen*). Over die gedragingen, of juist het achterwege blijven daarvan, ontstaan geschillen. Deze worden ter beslechting voorgelegd aan geschilbeslechters (§5. *Geschilbeslechters en adviseurs*). Het beslechten van een geschil is op te vatten als probleemoplossing in cognitief-psychologische zin, waarbij het probleem bestaat uit het vinden van de juiste verplichting (6. *Geschilbeslechting als probleemoplossing*).

In het denkproces van probleemoplossing speelt de intuïtie een grote rol (§7. *De rol van intuïtie bij probleemoplossing*). In het kader van geschilbeslechting kunnen we intuïtie aanduiden als rechtvaardigheidsgevoel (§8. *De rol van intuïtie bij geschilbeslechting*).

De geschilbeslechters hebben geen recht tot hun beschikking, maar beslissen in overeenstemming met hun rechtvaardigheidsgevoel. Dat gevoel brengt ze ertoe op de in geschil zijnde verhouding en gedraging verplichtingen van toepassing te achten. Ze toetsen de betwiste gedraging aan de door hen toepasselijk geachte verplichting.

Door vele geschillen te beslechten doen geschilbeslechters ervaring op, die in cognitief-psychologische termen kan worden beschreven. Het opdoen van ervaring houdt in dat geschilbeslechters de geschillen gaan herkennen aan de hand van steeds terugkerende kenmerken: verhoudingen en gedragingen. In hun geheugen worden deze kenmerken voorzien van definities. Deze definities koppelen ze aan de bijbehorende toepasselijk geachte verplichtingen. Zo ontstaat in het geheugen van een geschilbeslechter een beslisregel (§9. *Het opdoen van ervaring door een geschilbeslechter* en §10. *Een voorbeeld van het opdoen van ervaring*).

Door de geschilbeslechter gehanteerde beslisregels zullen zich ontwikkelen tot rechtsregels. In een later stadium van maatschappelijke ontwikkeling zullen rechtsregels worden vastgesteld door regelgevers. Of een geschilbeslechter een 'eigen' regel toepast, of een door een regelgever vastgestelde, maakt voor zijn redeneerproces niet uit. Het komt er steeds op neer dat hij feiten en omstandigheden vertaalt in begrippen waardoor een regel kan worden toegepast (§11. *Regelgeving*).

De kenmerken van nieuwe geschillen worden via een empirische cyclus getoetst aan in het geheugen opgeslagen kenmerken. In de empirische cyclus wordt het beslismoment, het moment waarop wordt besloten welke verplichting van toepassing is, gevormd door het rechtvaardigheidsgevoel (§12. *De mentale empirische cyclus van geschilbeslechting*).

Geschilbeslechters ordenen in de werkelijkheid voorkomende verhoudingen en gedragingen door deze te definiëren. Het doel is echter niet definiëring op zich, maar het toepassen van regels op geschillen.

In het geheugen van een geschilbeslechter ontstaat op den duur een samenhangende structuur van begrippen, omschrijvingen, verplichtingen. Deze geeft hij door aan opvolgers. In de uitspraken van geschilbeslechters worden de gehanteerde begrippen niet gedefinieerd. (§13. *Persoonlijke kennis*).

Adviseurs van geschilpartijen zullen er achter willen komen welke betekenis de begrippen hebben, om te kunnen voorspellen welke regel door de geschilbeslechter op een geschil zal worden toegepast. Om te weten te komen welke betekenis een begrip heeft, moet worden beoordeeld hoe de relevante feiten en omstandigheden van een geschil onder een begrip zijn gebracht (§14. *Adviseurs*).

De structuur van begrippen, omschrijvingen en verplichtingen zal per geschilbeslechter verschillen. Als een samenleving zich ontwikkelt, neemt het aantal geschillen toe en dus ook het aantal geschilbeslechters, adviseurs en regelgevers. Er ontstaat een wildgroei aan begrippen, regels en interpretaties van die regels, waarin ordening moet worden aangebracht (§15. *Een chaotisch en impliciet proces en §16. Romeinsrechtelijke chaos*).

De rechtswetenschap ontstaat en ontwikkelt zich met de noodzaak van geordende kennisoverdracht als katalysator en heeft tot doel ordening aan te brengen in deze chaos. Deze ordening gebeurt door te reconstrueren hoe geschilbeslechters de relevante feiten en omstandigheden hebben vertaald in begrippen, om vervolgens van die begrippen definities te geven en daarover in een forum te discussiëren. De noodzaak van ordening is permanent (§17. *Het ontstaan van wetenschap en §18. Een permanente noodzaak van ordening*).

Langzamerhand wordt aldus een theoretisch begrippensysteem opgebouwd. Nieuwe begrippen worden door middel van een empirische cyclus getoetst aan dat theoretische systeem, maar ook aan uitspraken van geschilbeslechers en bedoelingen van regelgevers (§19. *Theorievorming*).

De bij begripsvorming gevolgde methode is impliciet, maar valt te verwoorden in de vorm van de door De Groot geformuleerde empirische cyclus (§20. *De empirische cyclus van de rechtswetenschap*).

Gaandeweg komt de nadruk bij het rechtswetenschappelijk onderzoek te liggen op het formuleren van oplossingen van problemen die zich voordoen in de theorie. Ook dat onderzoek valt te beschrijven in de vorm van de cyclus van De Groot (§21. *Een voorbeeld van de structuur van rechtswetenschappelijk onderzoek volgens de empirische cyclus*).

Bij de manier waarop de rechtswetenschap wordt beoefend, is in de loop van de tijd een aantal vraagtekens geplaatst. In de laatste paragraaf wordt een aantal daarvan wordt besproken in het licht van het in deze bijdrage ontwikkelde model en het werk van De Groot (§22. *Een aantal problemen*).

4. De nulsituatie; verhoudingen en gedragingen

Aan het begin van de ontwikkeling van een samenleving is er een situatie waarin recht zoals wij dat nu kennen, afwezig is. Maine brengt die situatie zo onder woorden:¹⁹

“It is certain that, in the infancy of mankind, no sort of legislature, not even a distinct author of law, is contemplated or conceived of. Law has scarcely reached the footing of custom; it is rather a habit. It is, to use a French phrase, ‘in the air’. The only authoritative statement of right and wrong is a juridical statement after the facts, not one presupposing a law which has been violated, but one which is breathed for the first time by a higher power into the judge’s mind at the moment of adjudication.”

¹⁹ Maine 1866, p.8.

Er is in de nulsituatie geen recht, maar mensen gaan wel verhoudingen aan in de vorm van aanspraken en verplichtingen.

Een verhouding heeft drie aspecten: twee actoren en een inhoud, die een bepaalde gedraging impliceert. Neem de situatie dat A tegenover B een aanspraak heeft dat A gebruik maakt van B's paard. De twee actoren zijn A en B; A is het onderwerp van de aanspraak en B het voorwerp. De inhoud van de aanspraak (gedraging) is "dat A gebruik maakt van B's paard". De keerzijde van de aanspraak is de verplichting. B heeft tegenover A de verplichting dat A gebruik zal maken van B's paard. De inhoud van de verplichting is gelijk aan die van de aanspraak, maar de actoren zijn van rol gewisseld: B is het onderwerp van de verplichting en A het voorwerp.

Deze benadering is gebaseerd op het werk van G.W. Rainbolt,²⁰ die samen met een groot aantal vroegere en hedendaagse schrijvers heeft voortgeborduurd op de ideeën van W.N. Hohfeld. Hohfeld was op zoek naar de kleinste bouwstenen van rechtsfiguren, om deze op een gestandaardiseerde manier te kunnen analyseren. Uit de aard der zaak zijn deze kleinste bouwstenen niet verder te ontbinden en niet te definiëren. In de woorden van Hohfeld: "The strictly fundamental legal relations are, after all, sui generis; and thus it is that attempts at formal definition are always unsatisfactory, if not altogether useless."²¹ Het zijn dus geen rechtsverhoudingen, maar verhoudingen waarmee het recht gevormd kan worden.²²

Verhoudingen komen altijd in met elkaar samenhangende combinaties voor. A en B spreken af dat A een paard koopt van B. A

²⁰ G.W. Rainbolt, *The concept of rights*, Dordrecht: Springer 2006 (Rainbolt 2006).

²¹ Hohfeld, p. 16.

²² In die zin moet men dus de door Hohfeld gebruikte term 'legal relations' opvatten. Men zou kunnen stellen dat het arbitrair is uitsluitend een onderscheid tussen aanspraken en verplichtingen te maken, nu Hohfeld acht verhoudingen zag en de discussie over zijn werk vaak over dat aantal gaat. Zijn het er meer, of juist minder? En hoe moeten ze dan heten? Ik laat die discussie terzijde en constateer dat het voorlopig genoeg is om van twee verhoudingen uit te gaan.

heeft tegenover B de aanspraak dat hij een bepaald bedrag voldoet, waarmee de verplichting van B correspondeert om dat bedrag aan A te voldoen. A heeft de verplichting tegenover B om het paard in zijn bezit te stellen, terwijl B tegenover A de aanspraak heeft dat A dat zal doen. In het navolgende zal ik met het begrip *verhouding* korthedshalve steeds mede bedoelen *combinatie van verhoudingen*.

Uiteraard ontstaan verhoudingen niet uitsluitend door afspraken te maken. A kan B schade berokkenen, waardoor A vindt dat B de verplichting tegenover hem heeft om die schade te vergoeden. Of die verhouding ook inderdaad aanwezig is, kan worden erkend door B, maar hij kan het bestaan van die verhouding ook ontkennen.

Verhoudingen ontstaan dus door gedragingen, maar hebben tevens gedragingen als inhoud. Door gedragingen kunnen ook geschillen over verhoudingen ontstaan. De rode lijn die daarin kan worden waargenomen is: de ene partij pretendeert het bestaan van een verplichting/aanspraak; die andere negeert die verplichting/aanspraak, of stelt de inhoud (gedraging) ervan ter discussie. De term gedraging vat ik ruim op en heeft betrekking op zowel feitelijke gedragingen (een verkoper overhandigt het gekochte aan de koper), het nalaten van een feitelijke gedraging (een verkoper overhandigt het gekochte niet), als een handeling die plaats vindt in de psyche (een koper vergist zich in wat hij koopt).

Een gedraging kan alleen aanleiding geven tot een geschil als zij betrekking heeft op een persoon of een object, zij het stoffelijk zij het onstoffelijk.

5. Geschilbeslechers en adviseurs

Geschillen kunnen worden opgelost door ze ter beslechting voor te leggen aan een geschilbeslechter.²³

²³ Merk op dat ik niet probeer te verklaren waarom dit zo is. Dit zou een antropologische, sociologische en psychologische benadering vergen. In dit betoog volstaat de constatering dat geschillen aan geschilbeslechers *zijn* voorgelegd.

Met geschilbeslechter bedoel ik een persoon die op grond van formeel of informeel gezag bindend kan beslissen of een verhouding aanwezig is en wat de inhoud is van een betwiste verhouding, met andere woorden: tot welke gedraging iemand verplicht is.

In het begin van de maatschappelijke ontwikkeling zullen er zeer weinig geschilbeslechters zijn, en zij zullen bovendien verspreid en los van elkaar opereren. In een latere fase zullen er steeds meer zijn, zullen zij in groepen optreden, zullen ze elkaar beïnvloeden en zullen ze hun kennis aan elkaar doorgeven.

Naarmate de samenleving zich ontwikkelt, zullen partijen adviseurs inschakelen die hen kunnen voorlichten over de kans van slagen als ze een geschil voorleggen aan een geschilbeslechter en die hen bij die geschilbeslechting kunnen vertegenwoordigen. De daaraan ontleende kennis kunnen adviseurs ook gebruiken om adviezen uit te brengen over de vormgeving van verhoudingen en de bijbehorende gedragingen, met het doel om geschillen te voorkomen of beslecht te laten worden op een voor hun partij gunstige wijze.

Tussen geschilbeslechters en adviseurs bestaat intellectueel gezien geen verschil. Een geschilbeslechter zal op zoek moeten gaan naar een juist oordeel. Een adviseur zal dat oordeel ook zoeken, om vervolgens te kunnen afwegen of het zin heeft om een procedure te beginnen, ervan uitgaande dat de geschilbeslechter tot hetzelfde oordeel als hij zal komen. Er is daarom geen strikte scheiding tussen beroepsgroepen van geschilbeslechters en adviseurs.²⁴

6. Geschilbeslechting als probleemoplossing

Het beslechten van een geschil is op te vatten als probleemoplossing, waarbij het probleem bestaat uit het vinden van de juiste verplichting. Het vinden van een oplossing voor een probleem kan worden opgevat als een cognitief complex waaraan iets ontbreekt.²⁵

²⁴ Uiteraard verschillen hun *rollen* wel. Een adviseur zal de positie van degene die hem om advies heeft verzocht zodanig proberen weer te geven dat er een zo groot mogelijke kans op een gunstig oordeel is. De geschilbeslechter zal de posities van beide partijen op gelijke wijze benaderen.

²⁵ P. van Strien, *Psychologie van de wetenschap*, Amsterdam: University Press 2011, p. 60 e.v.

Om dit ontbrekende te zoeken, wordt een geordend cognitief proces gevolgd. Een individu leert in de loop van zijn bestaan deze verschillende problemen te herkennen, wat niets anders betekent dan dat hij de kenmerkende eigenschappen van verschillende soorten problemen opslaat. Hij doet dat echter niet zomaar, want eigen aan een opgeslagen probleem is dat het samenhangt met een bepaalde motivatie en de gekozen oplossing. Naarmate hetzelfde probleem zich meer voordoet, wordt duidelijker welke oplossing het beste werkt. Uiteindelijk wordt in het geheugen zo een heel sterke verbinding gelegd tussen het probleem, de motivatie en de beste oplossing. In het herkennen van het probleem ligt de oplossing opgesloten. Er is sprake van een zelfversterkend systeem: de ervaring neemt toe door het vinden van juiste oplossingen en het vinden van juiste oplossingen wordt makkelijker door ervaring. Als een probleem zich voordoet, wordt direct een oplossingsrichting in stelling gebracht; de oplossingsrichting ligt als het ware in het herkennen van het probleem opgesloten. In de terminologie van Selz wordt dit verschijnsel aangeduid als schematische anticipatie op het denkdoel.²⁶

7. De rol van intuïtie bij probleemoplossing

De schematische anticipatie op een denkdoel kan worden opgevat als een intuïtieve keuze van een oplossingsrichting, gekoppeld aan een intuïtieve analyse van het probleem. In de cognitieve psychologie is veel onderzoek verricht naar de rol van de intuïtie in het redeneerproces. Een probleem bij dit onderzoek is dat het niet mogelijk is om de intuïtie te definiëren in termen van logische processen waarvan we ons bewust zijn, omdat het nu eenmaal onbewust functioneert. Moderne cognitief-psychologische theorieën gaan op basis van empirisch onderzoek uit van twee te onderscheiden, maar wel gekoppelde redeneersystemen, namelijk een automa-

²⁶ O. Selz, *Über die Gesetze des geordneten Denkverlaufs*, Stuttgart: Verlag W. Speman 1913,
<<http://www.archive.org/stream/berdiegesetzed00selzgoog#page/n7/mode/lup>>

tisch/associatief en een rationeel/analytisch systeem.²⁷ Intuïtie speelt een rol in het automatische systeem. Epstein geeft een overzicht van de eigenschappen van beide systemen dat ik hier overneem.²⁸

Experiential/Intuitive System	Rational/Analytic System
1. Operates by automatically learning from experience	1. Operates by conscious reasoning
2. Emotional	2. Affect-free
3. Motivated by hedonic principle to maximize pleasure & minimize pain	3. Motivated by reality principle to construct a realistic, coherent model of the world
4. Associative connections between stimuli, responses, & outcomes	4. Cause-&-effect relations between stimuli, responses, & outcomes
5. Behavior mediated by automatic appraisal of events & "vibes" from past relevant experience	5. Behavior mediated by conscious appraisal of events & of potential responses
6. Nonverbal: encodes information in images, metaphors, scenarios, & narratives	6. Verbal: encodes information in abstract symbols, words, & numbers
7. Holistic	7. Analytic
8. Effortless & minimally demanding of cognitive resources	8. Relatively effortful and demanding of cognitive resources
9. More rapid processing: oriented toward immediate action	9. Slower processing: oriented also toward delayed action
10. Resistant to change: changes with repetitive or intense experience	10. Changes more readily: changes with speed of thought
11. More crudely differentiated: broad generalization gradient; categorical thinking	11. More highly differentiated; dimensional & nuanced
12. More crudely integrated: context specific; organized by cognitive-affective networks	12. More highly integrated; organized by context-general principles
13. Experienced passively and we are seized preconsciously: by our emotions & have uncontrolled spontaneous thoughts	13. Experienced actively and consciously: we believe we are in control of our reasoning
14. Self-evidently valid: experiencing is believing	14. Requires justification via logic & evidence

Belangrijk is de constatering dat de ervaringsregels en -feiten die de bron van intuïtie vormen, op twee manieren worden verkregen en opgeslagen. Aan de ene kant gaat dit volkomen onbewust, omdat onduidelijk is wat de gelegenheid was waarbij de ervaring werd opgedaan. Er kan uitsluitend worden geconstateerd dat de ervaring is opgedaan, omdat zij op een bepaald moment in het redeneerproces wordt ingezet. Aan de andere kant gaat het om ervaring die wordt opgedaan als resultaat van bewuste processen. Epstein noemt

²⁷ S. Epstein, Demystifying Intuition:What It Is, What It Does, and How It Does It, *Psychological Inquiry*, 21: 295–312, 2010, p. 295 (Epstein). Zie voor een verslag van onderzoeken naar de koppeling tussen beide ook: V. Klucharev en A. Smidts, ‘Zit irrationaliteit in de aard van de mens? De neurobiologie van de mens’, in: W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas en H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2009, p. 213 e.v. (Tiemeijer).

²⁸ Epstein, p. 299.

het voorbeeld van de ervaren schakers die in een oogopslag de significante kenmerken van een stelling kunnen doorgronden om er vervolgens hun zettentactiek op te baseren.²⁹

De vraag is natuurlijk op welke wijze de intuïtie functioneert als er geen ervaring voorhanden is. Volgens Epstein worden intuïtieve acties vooral gestuurd door het hedonistische principe: het nastreven van positieve gevoelens en het vermijden van negatieve.³⁰ Op basis van dat principe wordt een gedragskeuze ingegeven en afhankelijk van het hedonistisch succes van het gedrag zal die keuze met een negatieve of juist positieve connotatie in het geheugen worden opgeslagen. Doet dezelfde situatie zich daarna weer voor, dan stuurt de intuïtie het gedrag op basis van ervaringsregels. Aan het hedonistische principe lijkt mij verwant te zijn het verlangen dat anderen zich aan dit principe houden, met andere woorden: dat zij bijdragen aan de realisering van mijn positieve gevoelens en de ontwikkeling van negatieve vermijden. We zouden kunnen zeggen dat dit het verlangen is om rechtvaardig behandeld te worden. Uit recente Nederlandse onderzoeken blijkt dat het rechtvaardigheidsgevoel op een onbewuste manier functioneert in de menselijke cognitieve processen.³¹

8. De rol van intuïtie bij geschilbeslechting

Het is op het eerste gezicht een voor de hand liggend idee dat een beslissing in een geschil wordt bereikt door het toepassen van een syllogisme, waarbij de toepasselijke regel de major is, de in geschil vastgestelde feiten en omstandigheden de minor, en de beslissing de conclusie. Ik zeg met nadruk: *op het eerste gezicht*, omdat een beslissing in ieder geval op deze manier wordt gepresenteerd.

Rondom de wisseling van de negentiende en twintigste werd door een groot aantal Duitse rechtsgeleerde schrijvers signaleerd dat de werkelijkheid anders is, omdat de intuïtie in het denkproces dat

²⁹ Epstein, p. 307. Vreemd genoeg noemt hij De Groot niet.

³⁰ Epstein, p. 308.

³¹ Zie W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas en H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2009.

vooraf gaat aan het geven van een beslissing, een grote rol zou spelen.³² Bij Isay treffen we een zeer lange opsomming aan van schriftelijke ‘getuigenissen’ van juristen met ervaring in de praktijk van de geschilbeslechting.³³ De rode lijn is dat zij er op basis van introspectie achterkwamen dat een beslissing na kennisneming van de feiten en omstandigheden intuïtief werd gekozen, waarna de benodigde juridische redenering daarop werd afgestemd. Ook Isay zelf had deze ervaring: “Mich hat der berichtete Vorgang, der am Anfang meiner praktische juristischen Laufbahn stand, zur Beobachtung veranlaßt, und eine jahrzehntelange Selbstbeobachtung hat mir ergeben, daß die Entscheidung der mir unterbreiteten Fälle fast regelmäßig entstanden ist, ohne daß die Norm dabei eine Rolle spielte. Sobald der Tatbestand des Falles klarlag, war die Entscheidung regelmäßig für mich gegeben, und die Frage nach der „anzuwenden“ Norm kam erst hinterher.”³⁴

Isay werkte de rol uit die de intuïtie, door hem aangeduid als rechtsgevoel, heeft bij de beantwoording van de vraag welke feiten en omstandigheden relevant zijn voor de toepassing van een regel. Feiten en omstandigheden die voor de beslissing niet van belang zijn, moeten worden weggelaten. De feiten en omstandigheden zoals die zich aandienen, leiden dus niet automatisch tot de keuze voor de toepasselijkheid van een bepaalde regel, maar er moet eerst een keuze uit de feiten en omstandigheden worden gedaan. Die keuze wordt bepaald door aan te nemen dat een bepaalde beslissing moet worden genomen, die uit een gegeven regel voortvloeit. Ver-

³² De manier waarop geschilbeslechters tot hun beslissing komen staat juist de laatste tijd steeds meer in de belangstelling. In publicaties wordt aandacht gevraagd voor de nadelige effecten van de intuïtieve manier van redeneren. Men zie in de Nederlandse literatuur het werk van H. Gommer, waaronder: *Onbewuste denkprocessen maken motivering tot noodzaak*, en *Gedragsbiologische achtergronden van het recht*, te vinden op <http://publications.uvt.nl/repository/h.gommer/publications.html>. Ook interessant is J.J. Rachlinski, ‘Judicial Psychology’, *Rechtstreeks* 2012, nr. 2, p. 15 e.v.

³³ H. Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlijn, Franz Vahlen 1929, p. 62 e.v. (in facsimile uitgegeven: Aalen: Scientia 1970) (Isay)

³⁴ Isay, p. 62.

volgens is het de vraag waarop de keuze voor een bepaalde beslissing is gebaseerd. In de visie van Isay, die, zoals gezegd werd ingegeven door praktische ervaringen, wordt deze keuze bepaald door het rechtsgevoel.³⁵

Zonder enige twijfel was Scholten mede geïnspireerd door Isay, naar wie hij enige malen verwees in het hierna aan te halen werk. Hij stelde dat het rechtsoordeel (de beslissing in een geschil) nooit herleidbaar is tot waarnemen en logisch betoog, maar dat het meer is. Hij duidde het oordeel aan als een wilsverklaring: “Het is ten slotte een sprong, gelijk iedere daad, ieder zedelijk oordeel dat is.”³⁶ Maar hoewel het rechtsoordeel dus irrationeel is, moet het wel logisch verantwoord worden. Dit gebeurt naar de mening van Scholten door een redenering toe te passen waardoor de beslissing in verband wordt gebracht met factoren die gezag hebben in een bepaalde gemeenschap.³⁷ In tegenstelling tot Isay legde Scholten dus de nadruk op de beperkingen waarbinnen de intuïtie moet functioneren: een rechtsoordeel moet altijd passen in het rechtssysteem.³⁸

We kunnen de hier besproken rol van de intuïtie op twee manieren verklaren. Het gaat bij de aangehaalde schrijvers om mensen met een grote praktijkervaring. Door die ervaring weten zij ogenblikkelijk welke regel op het voorliggende feitenbestand van toepassing is. Ze passen die regel als het ware onbewust toe en van de daaruit resulterende (voorlopige) beslissing zijn ze zich vervolgens bewust. Er is met andere woorden sprake van schematische anticipatie. Een andere verklaring is dat de beslissing wordt bepaald door wat Isay het “rechtsgevoel” noemde. Beide verklaringen hoeven elkaar niet uit te sluiten. Het zou zo kunnen zijn dat de ervaren geschilbeslechter onbewust verschillende regels paraat heeft die met een kleine variatie in de voorliggende feiten en omstandigheden toegepast

³⁵ Isay, p. 173.

³⁶ P. Scholten, *Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1934, p. 174 (Scholten).

³⁷ Scholten, p. 174.

³⁸ Scholten, p. 175.

zouden kunnen worden, en dat de keuze voor de ene of de andere regel, dan wel de selectie uit de feiten en omstandigheden wordt bepaald door de intuïtie. Isay signaleerde dit ook.³⁹ Daarbij heeft die intuïtie twee dimensies: aan de ene kant worden feiten en omstandigheden herkend in het licht van de opgeslagen denkschema's, aan de andere kant is er ook een gevoel over wie gelijk moet krijgen, waarover straks meer. Deze twee dimensies zouden kunnen samenvallen als voorliggende de feiten en omstandigheden zodanig in de denkschema's opgeslagen liggen, dat iemand die gelijk 'moet' krijgen, ook altijd in het gelijk wordt gesteld. Bijna steeds liggen de feiten en omstandigheden echter niet zonder meer klaar voor een eenduidige vertaling. De selectie uit die feiten en omstandigheden wordt dan gestuurd door de voorovertuiging dat een van de partijen gelijk heeft. Vervolgens wordt de toepasselijkheid van de bij de geselecteerde feiten en omstandigheden onderzocht.

Deze visie vind steun in recente experimentele onderzoeken naar de manier waarop rechters en juryleden redeneren en die wordt aangeduid als *coherence based reasoning*.⁴⁰ Uit experimenten blijkt dat het redeneerproces in twee richtingen verloopt, waarbij de interpretatie en ordening van een complex van feiten en omstandigheden met het oog op een voorkeursoplossing van het geschil op onbewuste wijze zodanig wordt geïnterpreteerd en geordend, dat in dat complex langzamerhand geen tegenstrijdigheden meer voorkomen. Is eenmaal een coherente situatie bereikt, dan kan het bewuste redeneerproces met overtuiging een regel toepassen die tot de voorkeursoplossing leidt.⁴¹

We zien hier langzamerhand de contouren van een empirische cyclus opdoemen, waarin de twee redeneersystemen (automatisch/associatief en rationeel/analytisch) nauw met elkaar samenwerken. Ik kom daar in de loop van deze bijdrage op terug.

³⁹ Isay, p. 173.

⁴⁰ Een uitgebreid overzicht is te vinden in D. Simon, *A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making*, 71 *University of Chicago Law Review* 511 (2004), <<http://ssrn.com/abstract=541263>> (Simon)

⁴¹ Simon, p. 522.

Als op een bepaald geschil geen regels van toepassing zijn, blijft de rol van de intuïtie beperkt tot een gevoel over wie gelijk moet krijgen. Naarmate er meer regels zijn en regels duidelijker toepasbaar zijn op voorliggende feiten en omstandigheden, is een steeds grotere rol weggelegd voor de intuïtieve toepassing van denkschema's. Deze wetmatigheid werd al door Meijers in zijn oratie over 'vrije rechtspraak' gesignaleerd.⁴² Hij beschreef twee meningen over de methode waarmee een geschilbeslechter in het geval van vrije rechtspraak het rechtvaardige moet vaststellen. In de ene opvatting moet steun worden gezocht in het rechtsgevoel, in de andere moet men tot een beslissing komen door een vergelijking en afweging van de verschillende belangen.⁴³ Meijers zag tussen deze twee geen tegenstelling. Met andere woorden: het rechtsgevoel is in de visie van Meijers een intuïtie die bij geschilbeslechting bepaalt welke belangen er toe doen en op welke wijze die moeten worden afgewogen. Ik zal in de rest van deze bijdrage niet meer spreken over 'rechtsgevoel' maar over 'rechtvaardigheidsgevoel'.

Intuïtie in de vorm van de geanticiperde toepassing van ervaringsregels is geconstateerd aan de hand van kwantitatief onderzoek en valt goed onder te brengen in een model van het redeneerproces. Ditzelfde geldt, met de nodige ruimte voor discussie, ook voor de verschillende eigenschappen van het automatisch/associatieve systeem. We moeten ons echter wel bewust zijn van het particuliere van deze eigenschappen. Ze bepalen het intuïtieve functioneren van een persoon. Een persoon streeft persoonlijk gewin na en probeert negatieve invloeden uit te sluiten, waarbij het particuliere rechtvaardigheidsgevoel hoort: het verlangen dat anderen bijdragen aan persoonlijk gewin en negatieve beïnvloeding vermijden. Hoe is het dan mogelijk dat de particuliere intuïtie wordt ingezet bij de beoordeling van een geschil tussen andere personen? Ik denk dat we dit slechts kunnen begrijpen door aan te nemen dat een geschilbeslech-

⁴² E.M. Meijers, *De taak der rechtswetenschap ten aanzien der vrije rechtspraak*, (oratie Leiden), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1910 (Meijers).

⁴³ Meijers, p. 13. In noot 9 (p.34) zien we een overzicht van de publicaties van de aanhangers van beide opvattingen.

ter die particuliere intuïtie onbewust projecteert op de partijen die een geschil aanhangig hebben gemaakt. In het bewuste denkproces worden de door hen gepresenteerde feiten en omstandigheden en de daarin opgesloten liggende belangen geïnventariseerd, terwijl de relatieve weging daarvan wordt ingegeven door het onbewuste proces, namelijk door ze langs de maatlat van het particuliere rechtvaardigheidsgevoel te leggen.

9. Het oordoen van ervaring door een geschilbeslechter

Het beslechten van een geschil is, zoals gezegd, op te vatten als probleemoplossing. De geschilbeslechter reageert op een probleem dat is gebaseerd op een externe waarneming, namelijk het verzoek (of de verplichting) om een geschil te beslechten. Er is nog een andere externe waarneming, namelijk de beschrijving van de feiten en omstandigheden van het geschil door partijen en eventuele eigen waarnemingen. Deze externe waarnemingen moeten worden gebruikt bij de oplossing van een intern probleem, namelijk het vinden van een oordeel, waarin de juiste verplichtingen worden opgelegd.

In de nulsituatie heeft een geschilbeslechter nog nooit een oordeel gegeven. Hij zal daarom naar bevind van zaken moeten handelen en zonder ervaring met eerdere geschillen een oordeel moeten formuleren. Dat oordeel is daarom geheel gebaseerd op zijn rechtvaardigheidsgevoel. Het moet echter wel een reactie bevatten op de feiten en omstandigheden, aan de hand waarvan partijen hun belangen hebben gepresenteerd. Welke feiten en omstandigheden belangrijk zijn om een oordeel te kunnen vellen en welk gewicht aan bepaalde belangen moet worden gehecht, is in het begin onduidelijk en varieert per geschil. In dit onbekende terrein wordt de weg gewezen door het rechtvaardigheidsgevoel. De richting die het aanwijst is bepalend voor de keuzes die voor het concrete geval worden gemaakt. Deze keuzes hebben betrekking op de vraag welke gedragingen tussen partijen verplicht zijn. Na ieder beslecht geschil zal een geschilbeslechter een samenvatting van de feiten en omstandigheden opslaan in zijn geheugen, gekoppeld aan de ver-

plichtingen waarvan hij heeft aangenomen dat die tussen partijen gelden.

Als een zelfde type geschil zich vaker voordoet, doet de geschilbeslechter ervaring in dat type geschil op. Ervaring betekent dat hij het type geschil gaat herkennen aan de hand van terugkerende kenmerken. Hoewel de feiten en omstandigheden steeds verschillen, kunnen ze in dat type geschil altijd worden herleid tot dezelfde kenmerken: de verhouding waarover het geschil is ontstaan, de gedraging die aanleiding tot het geschil gaf en de tussen partijen door hem aangenomen verplichtingen. Naarmate deze kenmerken hem meer zullen opvallen, zullen ze zich steeds sterker en preciezer in zijn geheugen gaan vastzetten. Er is dan een beslisregel ontstaan.⁴⁴ Deze heeft de volgende vorm: als sprake is van betwiste verhouding A en betwiste gedraging B, en als (niet) voldaan is aan de voor partijen geldende verplichtingen, dan is (de inhoud van/het bestaan van) de vast te stellen verhouding C. Dit betekent niet dat er in het geheugen een heel precieze begripsbepaling aanwezig is die de betekenis van de verhouding en gedraging strikt omschrijft en die de bijbehorende verplichtingen nauwgezet begrenst. Het is meer een intuïtieve notie, die zich aan de hand van nieuwe geschillen kan blijven ontwikkelen.

Gaandeweg zal een geschilbeslechter op deze wijze zijn rechtvaardigheidsgevoel vertalen en opvullen met regels. Regels zijn gestold rechtvaardigheidsgevoel. Dat gevoel blijft echter belangrijk, want hij heeft niet voor iedere situatie een regel en bovendien zal de toepassing van een regel in concreto ook in overeenstemming moeten zijn met zijn rechtvaardigheidsgevoel.

10. Een voorbeeld van het opdoen van ervaring

Nemen we de koop van een paard.⁴⁵ De koper heeft het paard bekeken, heeft er op gereden, en het lijkt gezond te zijn, zoals ook

⁴⁴ De Groot 1946, p. 48.

⁴⁵ Ter vermijding van misverstanden: hier bedoel ik niet een juiste beschrijving van een onderdeel van het leerstuk van wilsgebreken te geven.

door de verkoper is verzekerd. De koper betaalt de prijs en neemt het paard mee. Thuis gekomen blijkt het paard niet zo snel te zijn als de koper had gedacht. De koper gaat terug naar de verkoper en wil het paard wegens gebrek aan snelheid teruggeven, onder restitutie van de koopprijs. Hij heeft zich vergist in de eigenschappen van het paard. De verkoper weigert het paard terug te nemen, omdat de koper hem niet heeft verteld over zijn ideeën over het paard. Partijen leggen hun geschil voor aan een geschilbeslechter, die hier voor de eerste keer mee te maken krijgt. Hoe moet hij oordelen? Laten we aannemen dat het oordeel luidt dat de koop niet ongedaan wordt gemaakt. De koper heeft zich weliswaar vergist, maar de verkoper was er niet van op de hoogte dat de koper het paard kocht vanwege de vermeende snelheid en hoefde dat ook niet te zijn. Hier zien we het rechtvaardigheidsgevoel doorwerken.⁴⁶ Als hij het wel wist, dan zou het ongeoorloofd zijn om de koper in de waan te laten, maar in dit geval had hij geen reden om door te vragen naar de ideeën van de koper, zo zou het rechtvaardigheidsgevoel van de geschilbeslechter kunnen voorschrijven. Hoe zal dit geval in het geheugen worden opgeslagen? Ik zou zeggen: het ging om koop (verhouding), de koper wilde de koop ongedaan maken (gedraging) omdat hij zich had vergist zich in eigenschappen (gedraging), de verkoper had de koper niet gevraagd naar zijn redenen voor de koop (gedraging) de koper het daar zelf niet over had gehad (gedraging), de verkoper was niet verplicht de koper naar de reden voor de koop te vragen (aangenomen verplichting), koop blijft in stand. Vervolgens dient zich een nieuw geschil over een paard aan. Een koper verwerft een paard tegen een zacht prijsje en naderhand blijkt het te gaan om een snelheidskampioen. De verkoper heeft spijt en stelt dat als hij op de hoogte was geweest van de goede eigenschappen, hij uiteraard een veel hogere prijs had bedongen. Hij heeft zich

Het voorbeeld is wel losjesweg op dat leerstuk gebaseerd. Ik heb als het ware teruggedeneerd.

⁴⁶ Ter vermijding van misverstanden: het rechtvaardigheidsgevoel kan uiteraard ook tot andere keuzen leiden, afhankelijk van wie men aan het woord laat. In het kader van het voorbeeld postuleer ik een bepaalde keuze.

vergist in de eigenschappen van het paard en wil dat de koper hem alsnog een hogere prijs betaalt. De koper wil dat niet omdat hij ook niet kon weten dat het ging om een paard met snelle eigenschappen. De geschilbeslechter zal worden getroffen door het feit dat het ook in dit geschil gaat om een vergissing in eigenschappen en daarom de eerder opgeslagen redenering proberen toe te passen. Dat blijkt niet helemaal mogelijk, want hier heeft de verkoper zich vergist, terwijl die rol in het eerdere geschil was weggelegd voor de koper. De overeenstemming is echter dat een van de partijen, in dit geval de koper, er niet van op de hoogte was dat de ander zich vergiste, sterker nog: de koper wist zelf ook niet van de snelle eigenschappen. Het oordeel zal luiden dat de koper niet verplicht is om een hogere prijs te betalen omdat hij niet wist en ook niet hoefde te weten dat de verkoper zich vergiste.

In het geheugen van de geschilbeslechter kunnen nu twee redeneringen worden aangetroffen die kunnen worden toegepast als er sprake is van een vergissing. De gemeenschappelijke factor is de kenbaarheid van de vergissing voor de tegenpartij. Niet kenbaar, terwijl dat ook niet hoefde: dan blijft de verhouding onveranderd. Als zich nu een nieuw geschil over een vergissing aandient, dan wordt in de feiten en omstandigheden direct gezocht naar het kenbaarheidsaspect.

Laten we nu aannemen dat het in een nieuw geschil weer gaat over een paard. De koper wil met het paard aan races meedoen en informeert bij de verkoper hoeveel prijzengeld hij met het paard zal kunnen verdienen. Als dit tegenvalt, dan ziet hij van de koop af. De verkoper stelt dat het paard, gezien de tot nu toe gelopen tijden, per jaar zeker drie eerste prijzen zal kunnen behalen, waarbij hij het prijzengeld schat op 3000 zilvermunten. Dat is voor de koper reden om het paard tegen betaling van 30000 zilvermunten mee te nemen. Het paard blijkt veel minder te presteren dan verwacht. De koper wil zijn geld terug. De verkoper wijst dit af, omdat hij niet meer dan een schatting heeft uitgesproken en van de koper verlangd kan worden dat hij zich zelf ook behoorlijk oriënteert. Als de geschilbeslechter nu zijn kenbaarheidsregel toepast, dan levert dat niets op. Wat partijen wilden, was onderling wel duidelijk. De koper is afgegaan op mededelingen van de verkoper en heeft zich op grond

daarvan vergist in de eigenschappen. Maar waarom zou de koper alleen afgaan op mededelingen van de verkoper? We zijn dan bij het rechtvaardigheidsgevoel. Deze plicht om zich te informeren heeft mogelijk een andere reikwijdte als de koper geen verstand heeft van de eigenschappen en de verkoper juist heel veel. Maar dan zijn we via en omweg toch weer terug bij het kenbaarheidsvereiste, want als de verkoper niet wist dat de koper geen verstand van de materie had, dan ligt de zaak mogelijk toch weer anders. Laten we aannemen dat de geschilbeslechter in dit geval oordeelt dat de koper weliswaar zelf een onderzoek naar het prijzengeld kon instellen, maar dat hij niet een vergelijking kon uitvoeren tussen de door het paard gelopen tijden en de tijden die doorgaans nodig zijn voor het behalen van eerste prijzen. Het oordeel luidt dat de koop ongedaan wordt gemaakt. Welke redenering moet in het geheugen worden vastgelegd? Partijen moeten zelf onderzoek instellen om vergissingen te voorkomen (verplichting), maar ze moeten ook rekening houden met elkaars ondeskundigheid (verplichting), althans voor zover ze op de hoogte kunnen zijn van die ondeskundigheid.

Er kunnen zich binnen dit thema allerlei varianten voordoen en deze komen de moderne jurist bekend voor. Zo kan de verkoper de vooropgezette bedoeling hebben gehad om de koper op het verkeerde been te zetten. De koper heeft zich dan vergist, niet door eigen schuld, maar door het bedrog van de verkoper. Ongetwijfeld zullen ook situaties voorkomen waarbij de verkoper de koper met bepaalde middelen onder druk heeft gezet om een paard te kopen dat hij normaliter geen blik waardig zou gunnen, evenals situaties waarbij de koper duidelijk niet geheel bij zinnen was en een paard heeft gekocht dat hij helemaal niet wil hebben.

Al deze situaties lijken op elkaar. Er zitten gemeenschappelijke kenmerken in, die zich door ervaring in de vorm van begrippen in het geheugen van de geschilbeslechter zullen vastzetten. Doet zich een geschil voor waarbij in twijfel kan worden getrokken of een van de partijen wel heeft gekocht/verkocht wat hij wilde kopen/verkoppen, dan opent zich een scala van eventueel toepasselijke regels en bijbehorende oordelen, die onder sturing van het recht-

vaardigheidsgevoel successievelijk kunnen worden afgewerkt door ze te toetsen aan de feiten en omstandigheden van het geval.

11. Regelgeving

Een geschilbeslechter zal de door hem toegepaste beslisregel verwoorden in zijn uitspraak.

De beslisregels die door geschilbeslechters worden geformuleerd, kunnen we aanduiden als regels om geschillen te beslechten. Naarmate de uitspraken bekend raken, kunnen deze regels zich ontwikkelen tot regels om geschillen te voorkomen. Onder regels om geschillen te voorkomen versta ik regels waarmee verhoudingen in het leven worden geroepen, en regels die de inhoud en de wijze van totstandkoming van verhoudingen bepalen. Het gaat dan om het voorschrijven of juist het verbieden van een bepaald soort gedraging. Het kenmerkende verschil met regels om geschillen te beslechten is dat regels om geschillen te voorkomen *vooraf* van toepassing zijn op bepaalde verhoudingen, terwijl regels om geschillen te beslechten *achteraf* worden toegepast op een door mensen vrij te bepalen verhouding. Uiteraard zal het onderscheid vervagen, naarmate geschilbeslechters regels om geschillen te voorkomen zullen gebruiken om geschillen te beslechten.

Het ontstaan van regels om geschillen te voorkomen, kan worden verklaard uit de ‘schaduwwerking’ van regels die een geschilbeslechter toepast om te kunnen oordelen.⁴⁷ Daaronder versta ik het verschijnsel dat mensen hun verhoudingen en hun gedragingen zullen afstemmen op de regels die worden gebruikt om geschillen te beslechten. Doen ze dat niet en er komt een geschil, dan weten ze dat een dergelijk geschil in hun nadeel wordt beslecht. Uiteraard is voor deze ontwikkeling noodzakelijk dat de door geschilbeslechters gebruikte regels via de publicatie van uitspraken kenbaar zijn.

⁴⁷ Zie voor een hedendaagse signalering van dit verschijnsel het advies van de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht van 31 mei 2011 aan de minister van Veiligheid en Justitie over de voorgenomen invoering van zogenaamd kostendekkende griffierechten, p. 6.

Laten we als voorbeeld een geschil nemen dat gaat over de vraag of partijen over en weer verplichtingen en aanspraken zijn aangegaan. A stelt dat dit wel het geval is, en B beweert het tegenovergestelde. In de praktijk kan de gewoonte groeien om ter uitsluiting van misverstanden bepaalde handelingen te verrichten die het bestaan van de afspraken bevestigen. Als nu toch een geschil ontstaat waarbij het bestaan van de afspraak wordt ontkend, kan een geschilbeslechter als uitgangspunt nemen dat als de in de praktijk gebruikelijke handelingen zijn verricht, de afspraken bestaan. Bijvoorbeeld in de vorm van de regel: een overeenkomst bestaat als handelingen A en B verricht zijn. Dit is een regel voor geschilbeslechting. Als deze regel door verschillende geschilbeslechters wordt gehanteerd en dus een algemeen draagvlak krijgt, zullen de handelingen niet alleen worden verricht omdat dat nu eenmaal gebruikelijk is, maar ook vanwege het feit dat bij het toepassen van dat gebruik de beoogde afspraken in geschil in stand zullen blijven. Uiteraard is ook denkbaar dat op bepaalde terreinen in aanzet geen gebruiken bestaan, maar dat regels voor geschilbeslechting daartoe aanleiding geven.

Laten we nog een voorbeeld nemen: een geschil over de inhoud van een verhouding. A en B hebben geen duidelijke afspraken gemaakt over hun wederzijdse verplichtingen en aanspraken. Een geschilbeslechter kan die inhoud bepalen. Als nu hetzelfde geschil zich vaker voordoet, ontwikkelt zich een regel over de standaardinhoud van een verhouding: als partijen zich er niet of onduidelijk over hebben uitgelaten, gaan we van de volgende inhoud uit. Ook hier geldt weer dat een dergelijke regel voor geschilbeslechting op den duur over een algemeen draagvlak kan beschikken, waardoor verhoudingen van een bepaald type steeds tot stand komen onder de stilzwijgende afspraak dat deze de gebruikelijke inhoud zal hebben. Daarmee is een regel voor het voorkomen van geschillen ontstaan.

Regels om geschillen te voorkomen kunnen door een regelgever worden vastgelegd. Onder regelgever versta ik een instantie die de bevoegdheid heeft om regels bindend vast te stellen en daaraan een algemene werking te geven.

Worden regels op deze wijze gecodificeerd, dan moet dat doorgaans gepaard gaan met uniformering, omdat regels voor dezelfde

soort geschillen in verschillende varianten en mogelijk verschillende betekenissen kunnen voorkomen. Om die stap te kunnen zetten, is echter begripsvorming los van geschilbeslechting nodig.

12. De mentale empirische cyclus van geschilbeslechting

Als een nieuw geschil zich aandient, zal de geschilbeslechter de feiten en omstandigheden samenvatten en rangschikken, daarbij anticiperend op de toepasbaarheid van een hem al bekende regel, of deze nu van hemzelf of van een regelgever afkomstig is. De geschilbeslechter zal beoordelen of de feiten en omstandigheden kunnen worden vertaald in de begrippen waarmee de regel is opgebouwd. Hij zal dit zo nodig herhalen tot hij een bruikbare koppeling tussen feiten en omstandigheden en begrippen heeft verkregen en een regel kan toepassen die in overeenstemming is met zijn rechtvaardigheidsgevoel. Het rechtvaardigheidsgevoel zorgt voor de prikkel die aangeeft dat de cyclus is voltooid. Die herhaling kan aan twee kanten werken, omdat bij het samenvatten en rangschikken van de feiten en omstandigheden sprake is van een zekere mate van vrijheid. Het is mogelijk om op basis van gelijkblijvende samenvatting van feiten en omstandigheden de begrippen een iets andere inhoud te geven of een andere set van begrippen, dus een andere regel, te kiezen, maar een geschilbeslechter kan ook proberen om de feiten en omstandigheden bij gelijkblijvende begrippen iets anders samen te vatten. Uiteraard is de ruimte voor deze variaties kleiner naarmate de toepasbare regel gedetailleerder is en de feiten en omstandigheden duidelijker.

We hebben hier te doen met een mentale empirische cyclus met reflectie.⁴⁸ Er is een *doel* (het vinden van een uitspraak in overeenstemming met het rechtvaardigheidsgevoel) dat een *probleem* is voor de geschilbeslechter. Er is een zekere *vrijheid* bij het kiezen van toepasbare begrippen, en er is dus ook *onzekerheid* over de vraag welke begrippen het beste toepasbaar zullen zijn. De geschilbeslechter doet een tentatieve *keuze*, past de begrippen *proberenderwijs* toe en

⁴⁸ De Groot 1994, p. 12.

toetst door te bezien of de feiten en omstandigheden in voldoende mate met de begrippen overeenkomen en of overeenstemming met het rechtvaardigheidsgevoel kan worden bereikt.

Wat aan deze cyclus ontbreekt, is rapportage. Er wordt weliswaar een uitspraak gedaan, maar die is gericht op geschilbeslechting en bevat niet een verslag van de toepassing van de cyclus. Het resultaat van die cyclus is de constatering dat een regel toepasbaar is op het concrete geval. Het bestaan van andere regels, die ook eventueel zouden kunnen worden toegepast en die in een cyclus tentatief in stelling zijn gebracht, kan niet uit de uitspraak worden afgeleid, maar kan slechts worden ontleend aan de vergelijking van een aantal uitspraken van dezelfde geschilbeslechter, die zien op vergelijkbare, maar steeds iets verschillende casus.

13. Persoonlijke kennis

Op den duur ontwikkelt zich in het geheugen van de geschilbeslechter een samenhangend geheel van begrippen waarmee verhoudingen, gedragingen en verplichtingen kunnen worden aangeduid, die samen regels vormen waarmee geschillen kunnen worden beslecht. De samenhang ontstaat doordat verhoudingen, gedragingen en verplichtingen worden verbonden door gezamenlijke kenmerken. Het geheugen is via al deze onderdelen doorzoekbaar en in veel gevallen aangevuld met gevalsbeschrijvingen, namen, plaatsen, opvallende wetenswaardigheden etc. Worden uitspraken op schrift gezet en systematisch bewaard, dan zal het geheugen de koppeling bevatten naar dit systematische bewaarsysteem.

Totdat de geschilbeslechter doodgaat. Op dat moment is de kennis die hij heeft opgebouwd, verloren. Er zijn misschien nog op schrift gezette uitspraken, maar dat zijn beslissingen voor het geval. Het systeem dat er achter zat, is weg, want uitsluitend aanwezig in het geheugen van de geschilbeslechter. In zijn uitspraken heeft hij niet geëxpliciteerd welke definities door hem gebruikt zijn voor de gehanteerde begrippen. Zijn uitspraken zijn immers gericht op geschilbeslechting en niet op het ontwikkelen van definities. Een indicatie van die definities is slechts te geven door te bestuderen op welke wijze hij regels heeft toegepast op de in zijn uitspraken ge-

noemde feiten en omstandigheden. Als we geluk hebben, heeft hij bij leven zijn kennis gedeeld met een opvolger. De leerling krijgt de kennis van de leraar cadeau en bouwt hierop voort. Bij hem gaat het echter ook slechts om persoonlijke kennis. Net als zijn leraar is geschilbeslechting zijn doel en niet het expliciteren van de kennis die er achter zit. Heeft hij geen opvolger, dan is alles verloren en resteren slechts de uitspraken voor het geval.

14. Adviseurs

Gaandeweg zullen adviseurs steeds meer namens partijen optreden in geschillen. Zij moeten kunnen inschatten wat het oordeel van een geschilbeslechter zal zijn. In eerste instantie moeten ze daarvoor op zoek naar eerder beslechte geschillen waarvan ze kunnen aannemen dat die naar de mening van de geschilbeslechter overeenkomen met het aanhangige geschil. Als zich in een later stadium regels hebben gevormd, moeten ze op zoek naar een regel waarvan de verwachting bestaat dat die door de geschilbeslechter op dat geschil zal worden toegepast. In beide gevallen geldt dat ze de manier waarop een geschilbeslechter bepaalde feiten en omstandigheden vertaalt, moeten kunnen voorspellen. Zij moeten de aan hen voorgelegde geschillen op gelijke wijze kunnen vertalen zoals een geschilbeslechter doet.

Dit proces kan slechts op gang komen als een geschilbeslechter zijn oordelen publiceert. Adviseurs zullen uit die oordelen de door de geschilbeslechter toegepaste vertaling van feiten en omstandigheden naar verhoudingen, gedragingen en verplichtingen kunnen reconstrueren.

15. Een chaotisch en impliciet proces

De reconstructie van de betekenis van begrippen door adviseurs verloopt niet vanzelf en gestroomlijnd.

In de eerste plaats zal de betekenis van de begrippen in de meeste gevallen slechts op impliciete wijze uit de uitspraken af te leiden zijn. Daarmee bedoel ik dat de geschilbeslechter een verhouding, gedraging of verplichting aan een bepaald begrip koppelt, maar dit niet motiveert. Daarvoor zou nodig zijn om van dat begrip de defi-

nitie te geven om vervolgens te beredeneren waarom de betwiste verhouding of gedraging aan die definitie voldoet. Het doel van de geschilbeslechter is echter niet om kennis over te dragen, maar om een uitspraak te geven die voldoet. Daarvoor is het niet nodig de in het geheugen van de geschilbeslechter aanwezige betekenis van begrippen te expliciteren. Bovendien zijn de begrippen in het geheugen nog niet vastomlijnd.

Is het al bewerkelijk om achter de opvattingen van een individuele geschilbeslechter te komen, nog moeilijker is het om die van verschillende geschilbeslechters te achterhalen. Deze zullen niet allemaal dezelfde structuur van begrippen en bijbehorende betekenissen hebben ontwikkeld. Verschillende geschilbeslechters kunnen met dezelfde begrippen heel andere zaken aanduiden. Dit leidt ertoe dat verschillende geschilbeslechters verschillende regels toepassen op vergelijkbare geschillen.

Er zijn bovendien verschillende adviseurs, die uiteenlopende kennis en opvattingen hebben over de bij die geschilbeslechters aanwezige begrippen en regels.

Er is daarom niet zomaar sprake van een door geschilbeslechters en adviseurs gezamenlijk gedeelde kennis.

16. Romeinsrechtelijke chaos

De hiervoor aangeduide chaotische situatie kan zich in iedere evolverende samenleving voordoen. Zij is goed gedocumenteerd voor het Romeinse recht.

Dat ook het Romeinse recht zich heeft ontwikkeld vanuit verschillende vormen van geschilbeslechting, is een notie die aan het zicht wordt onttrokken doordat uiteraard uit deze beginfase geen bronnen bestaan. Bovendien ontstaat gemakkelijk de indruk dat ook in de allervroegste periode, dus voor 500 voor Christus, het recht door middel van wetgeving was vastgelegd. De eerst bekende bron, de Twaalf Tafelen, dateert echter uit het midden van de vijfde eeuw voor Christus, dus uit het begin van de zogenaamde vroege periode. In de Twaalf Tafelen was een beperkt aantal regels samengebracht die betrekking hebben op een aantal uiteenlopende onderwerpen, zoals erfopvolging, eigendom en bezit, en delicten. Eigen-

tijdse commentatoren en juristen hebben vervolgens steeds gesteld dat het recht, ook al had het zich in allerlei richtingen ontwikkeld en uitgebreid, zoals bijvoorbeeld in de Lex Aquilia uit 287 voor Christus, was gebaseerd op de Twaalf Tafelen. Daarin was echter niets anders vastgelegd dan de hoofdlijnen van wat wij nu zijn gaan aanduiden als 'gewoonterecht'.⁴⁹ Het beheer van dat recht was tot dan toe de exclusieve bevoegdheid geweest van een bevoorrechte klasse van patriciërs die de priesters leverde waaraan door zowel partijen als rechters adviezen werden gevraagd over de beslechting van geschillen. Recht in de vorm van algemeen toepasbare geschreven regels zoals wij die nu kennen, bestond niet. Het ging steeds om een gevalsgewijze beslechting van geschillen.

Aan de rechterlijke uitspraken en de bijbehorende adviezen werd geen algemene bekendheid gegeven. Aangenomen wordt dat de priesters hun adviezen naar partijen toe plaatsten in al lang bestaande traditie, terwijl dit in het geheel niet het geval hoefde te zijn. In feite kon op ieder moment het recht opnieuw worden gevormd.⁵⁰

Over de vorming van begrippen waarmee geschillen konden worden geordend en waarmee uit die geschillen uniforme regels konden worden ontwikkeld, kunnen we wat betreft de periode van de Republiek vanwege het ontbreken van bronnen niets zeggen. Uit de Twaalf tafelen blijkt enige vorm van systematisering wat betreft de indeling van de regels en tafels, maar deze bevindt zich nog op een erg laag niveau.⁵¹

In de loop van de tweede eeuw voor Christus brokkelde het priesterlijke monopolie met betrekking tot de kennis van het recht langzamerhand af. Er traden seculiere juristen op die de praetor en de iudex adviseerden met betrekking tot de in een bepaald geschil te volgen procedure en te geven beslissing. Hoewel met geschilbeslechting belast, hadden de praetor en de iudex niet noodzakelijkerwijs juridische deskundigheid. Die deskundigheid was wel aan-

⁴⁹ Maine, p. 18

⁵⁰ Stein 1966, p.5.

⁵¹ Maine, p. 15.

wezig bij de seculiere juristen, die via hun adviezen ten behoeve van de geschilbeslechting ervaring opbouwden en zo hun kennis over het recht verder uitbouwden. De juristen publiceerden de adviezen die zij over geschillen gaven. Zij volgden elkaar op en waren bekend met, en bouwden verder op de kennis van hun voorgangers.⁵² De publicaties van gezaghebbende juristen gingen een steeds grotere bijdrage leveren aan de rechtsvorming.⁵³

De adviezen van juristen waren uiteraard niet altijd gelijklopend, hoewel gegeven in vergelijkbare gevallen. Zo ontstond voor het eerst een basis om te discussiëren over verschillende rechtsopvattingen.⁵⁴ Deze opvattingen waren aanvankelijk nog georiënteerd op de oplossing van individuele geschillen en hadden vooral betrekking op de uitleg voor het concrete geval van begrippen die in het recht voorkwamen. Gaandeweg ontstond de neiging om niet te volstaan met de beantwoording van de vraag of de feiten in concreto vielen onder een bepaald begrip, maar ook om dit begrip te definiëren.

Aan het begin van de klassieke periode, tegen het eind van de tweede eeuw voor Christus, was een onoverzichtelijk geheel ontstaan van allerlei casuïstische adviezen, uitspraken en opinies, die zowel betrekking konden hebben op reële als op hypothetische geschillen. Algemene wetgeving, toepasbaar op allerlei uiteenlopende casus, bestond – met een enkele uitzondering op maatschappelijke deelgebieden – nog niet. Stein stelt dat het noodzakelijk werd om orde in dit materiaal aan te brengen en duidt de daarmee samenhangende benadering aan als een wetenschappelijke revolutie.⁵⁵

Romeinse juristen maakten bij die ordening gebruik van de door Aristoteles voor de ontwikkeling van wetenschap gepropageerde technieken.⁵⁶ Deze ontwikkeling wordt wel aangeduid als een wetenschappelijke revolutie.⁵⁷ Probleem zou kunnen zijn dat er geen

⁵² Stein 1999, p. 16.

⁵³ Schiller, p. 1230.

⁵⁴ Stein 1966, p. 27.

⁵⁵ Stein 1966, p. 33.

⁵⁶ Stein 1966, p. 36.

⁵⁷ Stein 1966, p. 26.

bronnen bekend zijn waarin is neergelegd op welke wijze de Aristoteliaanse methode is toegepast. Er zijn uitsluitend verwijzingen. Van Cicero is een voorstel bekend voor een wetenschappelijke indeling van het burgerlijk recht, namelijk “.. om ten eerste heel het burgerlijk recht in enkele deelgebieden in te delen, deze vervolgens in bepaalde onderdelen te ontleden en daarna de eigen betekenis van elk onderdeel door een definitie duidelijk te maken..”.⁵⁸ Het doel was een volledig systeem van het burgerlijk recht.⁵⁹ Naar het schijnt heeft Cicero dit plan, dat hij uitdrukkelijk plaatste in de sleutel van de toegankelijkheid van het recht, ten uitvoer gelegd, maar die publicatie moet verloren zijn gegaan. Er wordt ook wel melding gemaakt van een wetenschappelijke indeling van het burgerlijk recht door Servius Sulpicius Rufus, maar Stein betwijfelt of hiervan inderdaad sprake kan zijn geweest.⁶⁰ We moeten er van uitgaan dat systematisering geen doel op zich was, maar uitsluitend ten dienste stond aan de praktische toepassing van het recht.⁶¹ Ik kom op dit punt terug in paragraaf 17. Het ontstaan van wetenschap

Niettemin moet er in de loop van de klassieke periode het nodige aan begripsvorming en systematisering (het aanbrengen van een onderlinge samenhang van de gevonden begrippen) gedaan, want anders valt niet te verklaren hoe bijvoorbeeld Gaius in de loop van de tweede eeuw na Christus in de Instituten tot een systematische beschrijving van een aantal hoofdlijnen van het recht kon komen. Naar onze huidige inzichten is het in de Instituten gevolgde systeem niet altijd even logisch. Het is een mengeling van definities, uiteenzettingen over indelingen, algemeen toepasbare regels en behandeling van casuïstiek. Datzelfde geldt ook voor de Digesten,

⁵⁸ Cicero, *Drie gesprekken over redenaarskunst*, vertaling uit het Latijn (De oratore libri tres) door H.W.A. van Rooijen-Dijkma en A.D. Leeman, Amsterdam: Atheneum-Polak en Van Gennip, 1989, 1.190.

⁵⁹ Cicero, 1.190.

⁶⁰ Stein 1966, p.42.

⁶¹ H.J. Wolf, *Roman law*, University of Oklahoma Press, 1951, Norman Oklahoma US, p. 101.

die van veel latere datum zijn.⁶² Spruijt stelt dat de tekstfragmenten binnen de titels zonder veel cohesie waren geordend, terwijl het daarin bijeengebrachte materiaal overwegend casuïstisch van aard was, zodat de juristen in de praktijk het antwoord op de hun voorgelegde problemen moeilijk of in het geheel niet konden vinden.⁶³ De teksten wekken de indruk gebaseerd te zijn op een meer omvattend maar verborgen systeem, dat zich later door de Pandectenwetenschap makkelijk zou laten ‘reconstrueren’ en uitbouwen.⁶⁴ Bij dit alles moeten we niet uit het oog verliezen dat beoefening van wetenschap, van welke dan ook, niet van de ene op de andere dag het niveau heeft bereikt dat we vandaag de dag gewend zijn. Aan dat niveau is een eeuwenlange worsteling met onwetendheid, geloof en bijgeloof voorafgegaan. Feit is dat de Romeinse juristen op basis van casuïstiek aan de vorming van samenhangende begrippen hebben gedaan.

17. Het ontstaan van wetenschap

Als katalysator voor het ontstaan van rechtswetenschap zie ik kennisoverdracht in de vorm van onderwijs, los van geschilbeslechting. Kennis over de omschrijving van de verschillende gedragingen en verhoudingen, de manier waarop deze begrippen met elkaar samenhangen, de met die begrippen te formuleren regels en de met die regels te beslechten geschillen, kortom: begrippen waarmee het recht wordt gevormd, wordt in het begin de maatschappelijke ontwikkeling van geschilbeslechter op geschilbeslechter en van adviseur op adviseur overgedragen. De kennisoverdracht heeft een formeel karakter, is gericht op de beroepsuitoefening en beperkt

⁶² De Digesten bestaan uit een op last van Justinianus vervaardigde compilatie gebaseerd op het werk van klassieke juristen, die kracht van wet kreeg op 30 december 533.

⁶³ Spruijt, p.20.

⁶⁴ Ook Wolf gaat er van uit dat in de klassieke periode een min of meer complete theoretisch systeem aanwezig was, waardoor de juristen zich konden concentreren op de praktische toepassing daarvan (Wolf 1951, p. 103)

zich tot de opvattingen van de 'meester'. De 'gezel' heeft er genoeg aan zich deze eigen te maken.

Naarmate een samenleving zich ontwikkelt, zal het aantal verhoudingen en de diversiteit daarvan toenemen, en dus ook het aantal geschillen en in samenhang daarmee ook het aantal regels. Het gaat dan niet alleen meer om regels die door geschilbeslechters zijn ontwikkeld, maar om regels die door regelgevers zijn vastgesteld.

Kennis zal door deze groei in omvang en soort regels en de daarin gebruikte begrippen niet alleen meer direct van persoon tot persoon kunnen worden doorgegeven, maar zal aan een groter aantal personen tegelijkertijd moeten worden onderwezen. Dit vergt een verzelfstandiging van het onderwijs, in die zin dat het niet noodzakelijkerwijs wordt gegeven in de uitoefening van het beroep van geschilbeslechter of adviseur. Verder maakt deze vorm van onderwijs het noodzakelijk dat orde wordt aangebracht in de chaos. Er moet worden gewerkt aan een samenhangend systeem van begrippen en de uniformering van begripsomschrijvingen.

Er is daarbij sprake van een sprong van doel naar middel. Ten behoeve van de kennisoverdracht staat niet langer de geschilbeslechting centraal, maar het achterhalen van de betekenis die geschilbeslechters hebben gehecht aan bepaalde feiten en omstandigheden. Deze hebben hen geleid tot het hanteren van bepaalde begrippen waarmee ze verhoudingen en gedragingen zijn gaan aanduiden, verhoudingen en gedragingen waarop ze regels hebben toegepast. Het gaat om het reconstrueren van het denkproces dat is toegepast bij geschilbeslechting. Als het ware moet al datgene wat geschilbeslechters zich in de loop van hun bestaan eigen hebben gemaakt en overgedragen hebben gekregen van hun voorgangers, opnieuw worden opgebouwd, maar nu op een zodanige manier dat die kennis binnen een grote groep kan worden gedeeld en doorgegeven. Die kennis moet daarom gegeneraliseerd en gestandaardiseerd worden, maar bovenal gestructureerd. Uitsluitend via een structuur kan kennis ontsloten worden.

We kunnen ons een onderzoeker voorstellen die zich voor het eerst aan dit werk stelt. Er ligt een grote hoeveelheid aan uitspraken, adviezen en regels voor hem, kortom: de chaos die in de vorige paragrafen werd aangeduid. Latere onderzoekers kunnen weer op

eerder werk voortborduren en hoeven niet alles van meet af aan op te bouwen. Dit ordeningswerk kan niet anders worden gedaan dan door het volgen van talloze mentale empirische cycli. Kijken we nu terug op de neerslagen van dit ordeningswerk, dan zien we die cycli niet geformaliseerd weergegeven. Ik sprak hierover in paragraaf 16 bij de behandeling van de wetenschappelijke revolutie in de het Romeinsrechtelijke schrijven, maar ook in latere en meer recente dogmatische geschriften zien we uitsluitend eindresultaten van denkprocessen. Het hier beschreven proces is echter weer te geven in de vorm van de empirische cyclus Ik kom daar later op terug.

Op den duur levert dit werk niet alleen maar de weergave van de opvatting van een individuele geschilbeslechter op, maar de generalisatie van de opvatting van een groot aantal geschilbeslechte. Door deze generalisatie op schrift te stellen kan de onderzoeker zijn kennis presenteren aan het forum van collega's en leerlingen. Op basis van discussies binnen dit forum kan na verloop van tijd een breed gedeelde gestandaardiseerde opvatting ontstaan over de betekenis van de verschillende begrippen.

Deze begrippen zullen in eerste aanleg betrekking hebben op de verschillende gedragingen en verhoudingen waardoor de verschillende geschillen worden gekenmerkt en die af te leiden zijn uit de regels die op die geschillen zijn toegepast.⁶⁵

Tussen de begrippen zullen aan de hand van gekozen begripsomschrijvingen verschillen en overeenkomsten gaan opvallen. In de begripsomschrijvingen wordt immers gebruik gemaakt van begrippen van een hogere orde, die de onderzoeker met een grote mate van vrijheid kan kiezen. Deze begrippen van een hogere orde worden op hun beurt ook weer omschreven met behulp van samenvattende begrippen, totdat een niveau bereikt is waarbij een begripsomschrijving uitsluitend niet verder te definiëren begrippen bevat. Gelijksortige begrippen zijn dus in te delen in categorieën en ook

⁶⁵ E.M. Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap* (diss. Gemeente-Universiteit Amsterdam), Den Haag: Boekhandel voorheen Gebroeders Belinfante 1903, p. 26 (Meijers 1903).

deze categorieën zijn weer bij elkaar te voegen op grond van hun overeenkomsten en verschillen.

Deze neiging om begrippen steeds maar weer opnieuw in te delen in steeds grotere verzamelingen, vormt in eerste instantie het equivalent van het cognitieve proces waarbij een geschilbeslechter al werkende weg begrippen niet alleen van een betekenis, maar ook van een samenhang voorziet. In het geheugen kan die samenhang op talloze manieren worden aangebracht, afhankelijk van de specifieke voorkeuren en ervaring van een geschilbeslechter. Wil een onderzoeker een gegeneraliseerde samenhang weergeven, dan moet hij afzien van die persoonlijke verschillen, waardoor nog slechts een algemene species-genus-benadering resteert. Deze kan overigens vanuit heel wat verschillende theoretische opvattingen plaatsvinden; er zijn met andere woorden heel wat geldige indelingen mogelijk. Als de wetenschapsbeoefening bij een verdere ontwikkeling een eigen dynamiek ontwikkelt, zullen steeds abstractere verzamelingen van categorieën van begrippen ontstaan, die geen evenknie meer hebben in de ordening zoals die oorspronkelijk in het geheugen van geschilbeslechters aanwezig kon zijn. Daar is niets op tegen, te meer als we ons realiseren dat dit door de wetenschap ontwikkelde systeem via kennisoverdracht een plaats krijgt in het geheugen van juristen en aldus de kans krijgt de praktijk te sturen en aan die praktijk getoetst te worden.⁶⁶

18. Een permanente noodzaak van ordening

Een beschrijving vanuit de historische nulsituatie laat zien dat op enig moment een begin moet worden gemaakt met de ordening van begrippen waarmee het recht wordt gevormd. Omdat we in de huidige situatie gebruik kunnen maken van die ordening – er is in de

⁶⁶ Het gevaar is echter dat de wetenschap doorschiet in de abstractie. Het is die tendens geweest die de rechtsdogmatiek in de negentiende eeuw - tijdelijk- een slechte naam heeft bezorgd. In de woorden van Meijers: “Constructie op constructie had zich opgehoopt; geen verhouding uit het vermogensrecht kon men aanwijzen of zij had drie of meer theorieën aangaande haar <Wesen>”. Meijers 1903, p.6.

loop van eeuwen een flink systeem ontstaan – lijkt het net of die ordeningsnoodzaak er niet meer is en of het uitsluitend zou gaan om praktische toepassing van de verworven kennis. Het tegendeel is waar.

In de eerste plaats ontstaan er nog elke dag geschillen over verhoudingen waarvoor geen rechtsregels bestaan: de actuele nulsituatie. Geschilbeslechters ontwikkelen in dat kader begrippen, die moeten worden ingepast in het bestaande systeem.

In de tweede plaats ontwikkelen regelgevers nieuwe rechtsregels, waarin ze bestaande, maar ook nieuwe begrippen gebruiken. Ook hiervan moet worden beoordeeld hoe deze zich verhouden tot het bestaande systeem. Dit kan in abstracte zin en op voorhand gebeuren, maar uiteindelijk wordt hun betekenis voor de praktijk vastgelegd in geschilbeslechting. Op dat moment valt een meer definitief oordeel te geven over de betekenis van zulke begrippen, weer gezien in relatie tot het bestaande systeem.

In de derde plaats zijn er ook maatschappelijke ontwikkelingen, die het voor geschilbeslechters noodzakelijk kunnen maken om een andere inhoud aan bestaande begrippen te geven.

Zou er niet een gezaghebbend forum zijn om deze ontwikkelingen te volgen en steeds maar weer opnieuw aan het opgebouwde systeem te toetsen, ja om met behulp daarvan dat systeem steeds maar weer ter discussie te stellen, om uiteindelijk te komen tot een zo breed mogelijk gedeelde en overdraagbare mening, dan zou er binnen de kortste keren chaos en onvoorspelbaarheid in de rechtspraak ontstaan.

19. Theorievorming

Bij dit alles is sprake van een langzame opbouw van een theorie: een systeem van logisch samenhangende, met name niet-strijdige, beweringen, opvattingen en begrippen betreffende een werkelijkheidsgebied, die zo zijn geformuleerd, dat het mogelijk is er toetsbare hypothesen uit af te leiden.⁶⁷

⁶⁷ De Groot 1994, p. 42.

In het allereerste begin is er slechts een vermoeden dat in de verzameling uitspraken samenhangen te ontdekken zijn, in die zin dat daarin uit de manier waarop feiten en omstandigheden zijn geïnterpreteerd, gelijksoortige verhoudingen en gedragingen kunnen worden gedestilleerd. Als het eerste begrip van een omschrijving is voorzien, is die begripsomschrijving het theoretisch kader voor het vervolg. Langzamerhand ontstaan meer begripsomschrijvingen, allemaal in een verschillend stadium van volmaaktheid. Het theoretisch kader raakt steeds beter gevuld en intussen dient het zowel als richtingwijzer en als voorwerp van bewerking en verzorging.⁶⁸ Een op de bestaande begripsomschrijvingen gebaseerde vondst kan namelijk aanleiding zijn om een begripsomschrijving aan te passen, maar ook om een nieuw begrip aan de bestaande hoeveelheid toe te voegen.

Het theoretisch kader is in het begin nog op een andere wijze vaag, omdat de betekenis van de begrippen waarmee de begripsomschrijvingen worden samengesteld, niet meteen sluitend is omschreven. Dat zou alleen maar kunnen als het hele systeem van meet af aan deductief werd opgezet vanuit een aantal axiomatische begrippen. Dat kan echter niet, omdat de in de verzameling uitspraken voorkomende verhoudingen en gedragingen het uitgangspunt vormen. De werkwijze is dus in eerste instantie inductief. Op den duur zal een onderzoeker de begrippen waarmee hij de begripsomschrijvingen samenstelt ook weer van een begripsomschrijving voorzien en deductief controleren of het systeem dan nog steeds 'sluit'. De werkwijze waarbij een voorlopige begripsomschrijving wordt gebruikt om een bepaalde verhouding of gedraging te kunnen vinden, is ook deductief.

De bronnen van waaruit het theoretisch begrippenapparaat wordt gevuld, en waaraan het wordt getoetst, nemen gedurende de ontwikkeling van het recht en rechtswetenschap gaandeweg in omvang en aantal toe. Het gaat niet langer om de uitspraken als zodanig, maar ook om de commentaren die daarop worden gegeven. In deze

⁶⁸ Zie De Groot 1994, p. 43, waar hij Marx aanhaalt: 'a theory is both a tool and an objective'.

commentaren wordt de betekenis van een uitspraak, meer in het bijzonder: de betekenis van een bepaald begrip, besproken in het licht van een bepaald leerstuk.⁶⁹ Past de uitspraak in dat leerstuk, of is dat juist niet het geval? Op basis van een dergelijke bespreking kunnen allerlei vervolgvragen worden gesteld, zoals: was dit een witte raaf, ging het gewoon om een misser, levert dit een nieuwe opening, en zo ja, wat betekent dat dan voor de systematiek van een leerstuk?

Verder kan de betekenis van een bepaald begrip, althans de aanzet daartoe, (mede) worden ontleend aan de toelichting die de regelgever in het kader van de totstandkoming van regels heeft gegeven op dat begrip.

In hand- en studieboeken en monografieën wordt het begrippenapparaat beschreven, onderverdeeld in leerstukken. Zij zijn onontbeerlijk om meningsverschillen en kennislacunes op te sporen, met andere woorden: om onderzoekshypothesen te formuleren. Verder zijn er dissertaties, waarin het resultaat van nieuw onderzoek wordt gepresenteerd. Zulk onderzoek heeft weliswaar betrekking op een overzichtelijke onderzoeksvraag, maar is breed opgezet, in die zin dat een ruime verkenning plaatsvindt van de stand van zaken, waarna de onderzoeksvraag aan een breed palet van bronnen wordt getoetst. Daarnaast zijn er publicaties in tijdschriften, waarin resultaten van onderzoek worden gepresenteerd. Onderzoekpublicaties kunnen dienen als vertrekpunt voor vervolgonderzoek.

Bij dit alles blijven de uitspraken de belangrijkste bron. Uiteindelijk moeten alle uitspraken die over begrippen en hun samenhang worden gedaan, getoetst worden aan de manier waarop begrippen daadwerkelijk worden toegepast. Welke betekenis wetenschappers, regelgevers of adviseurs ook geven aan begrippen, het is uiteindelijk de geschilbeslechter die de betekenis finaal bepaalt, hoewel dat op indirecte manier gebeurt.

⁶⁹ In de rechtswetenschap is het gebruikelijk om een (deel van) een theorie aan te duiden als 'leer' of 'leerstuk'.

20. De empirische cyclus van de rechtswetenschap

Zoals ik eerder heb gesteld zien we bij de juridische begripsvorming uitsluitend eindresultaten van denkprocessen. Deze zijn echter heel goed in de vorm van de empirische cyclus weer te geven.

Observatie. In deze fase gaat het om het verzamelen van het te bewerken materiaal. De onderzoeker pleegt een voorlopige groepering aan de hand van gelijkenissen wat betreft verhoudingen en gedragingen. De eerste voorlopige begripsomschrijvingen borrelen op.

Inductie.

Uit de manier waarop regels in uitspraken zijn toegepast op de daarin beschreven feiten en omstandigheden, kan worden afgeleid welke betekenis door de desbetreffende geschilbeslechter werd toegekend aan de in dat specifieke geschil voorkomende verhouding en gedraging. De onderzoeker kiest een naam voor de verhouding of gedraging en formuleert een begripsomschrijving die de in het geschil

naar voren gebrachte feiten en omstandigheden dekt. De begripsomschrijving functioneert als hypothese.

Deductie

De voorspelling is dat de begripsomschrijving gelijksoortige feiten en omstandigheden in verschillende geschillen sluitend zal beschrijven. Dit betekent niet dat de omschrijving al definitief is. Het is juist de bedoeling dat zij verder ontwikkeld wordt door haar steeds maar weer door toetsing op de proef te stellen.

Toetsing

Per geschil wordt onderzocht of voldaan wordt aan de voorspelling. Dit impliceert dat onder ogen wordt gezien dat in een geschil weliswaar sprake is van gelijksoortige feiten en omstandigheden, maar dat de begripsomschrijving daarop toch niet kan worden toegepast.

Evaluatie

Na toetsing moet worden beoordeeld of de omschrijving kan worden aangepast, of in stand kan worden gelaten maar met introductie van een verbijzonderende omschrijving. Ook kan er aanleiding zijn een geheel nieuwe omschrijving te introduceren.

Naarmate de theorie groeit, zijn er meer soorten onderzoek mogelijk. In het begin richt het werk zich op het omschrijven van begrippen zoals ze worden gebruikt in rechtsregels. In een later stadium zal de nadruk langzamerhand komen te liggen op het aanbrengen van samenhang tussen deze begripsomschrijvingen door ze onder te brengen in verzamelingen van gelijksoortige begrippen. Door het aanbrengen van deze samenhang worden niet alleen de begrippen geordend, maar ook de regels waarin de begrippen zijn toegepast. Bovendien kunnen uitspraken waarin de regels aan de orde zijn gekomen aan de hand van de theoretische samenhang worden geordend.

21. Een voorbeeld van de structuur van rechtswetenschappelijk onderzoek volgens de empirische cyclus

Gaandeweg komt de nadruk bij het rechtswetenschappelijk onderzoek te liggen op het formuleren van oplossingen van problemen die zich voordoen in de theorie. Deze problemen kunnen bestaan uit ontbrekende of verkeerd (in de zin van niet precies of niet algemeen genoeg) gedefinieerde begrippen of samenhangen tussen begrippen. Uiteraard is de theorie niet losgezongen van de werkelijkheid van geschilbeslechting en regelgeving: oplossingen moeten zowel in de theorie passen als ook in overeenstemming zijn met die werkelijkheid. Overigens geldt die laatste eis slechts in beginsel, omdat een theoretische oplossing het begin kan vormen voor een nieuwe benadering in geschilbeslechting en regelgeving.⁷⁰

⁷⁰ Een klassiek voorbeeld is de introductie van het relativiteitsvereiste in het leerstuk van de onrechtmatige daad. Van Geleijn Vitringa introduceerde dit vereiste in 'Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht', *Rechtsgeleerd*

Magazijn Themis 1919, p. 28 e.v., waarna de Hoge Raad het vereiste aanvaardde in HR 25 mei 1928, NJ 1928, 1688 (De Marchant et d'Ansembourg). Overigens zien we hier hoe een begripsomschrijving (wat is een onrechtmatige daad) samenvalt met een algemeen geformuleerd normatief oordeel (wanneer is een daad onrechtmatig).

Al deze soorten onderzoek kunnen niet anders worden verricht dan door het volgen van talloze mentale empirische cycli en ook deze kunnen in de vorm van de door De Groot beschreven structuur worden weergegeven.

Ik zal deze bewering verduidelijken door deze structuur toe te passen op een fictief actueel rechtswetenschappelijk onderzoek, waarbij ik ook de toe te passen onderzoeksmethode vermeld. De kritiek zou kunnen zijn dat het voorbeeld zo is gekozen dat de structuur erop kan worden toegepast. Mijn verweer daarop is dat het voorbeeld weliswaar fictief is, maar wel van een heel gebruikelijke soort. Ook zou kunnen worden gesteld dat door het geven van één voorbeeld niet is bewezen dat de structuur op alle soorten rechtswetenschappelijk onderzoek toepasbaar is. Dat is op zich juist, maar de juistheid van de stelling is wel aannemelijk en voor falsificatie vatbaar.

Aanloop

Onderzoekers komen tijdens hun werk intuïtief op onderwerpen die eventueel geschikt zijn om te onderzoeken. Zij beschikken over kennis van de stand van zaken in de theorie of delen daarvan en volgen de discussies die binnen het forum van vakgenoten over verschillende thema's worden gevoerd.

We zouden kunnen zeggen dat zij min of meer permanent bezig zijn met exploratief onderzoek. In dit type onderzoek gaat men uit van zekere verwachtingen, gebaseerd op een min of meer vaag theoretisch raam, en is men hij is gericht op het vinden van bepaalde soorten samenhangen in het onderzoeksmateriaal. De verwachtingen zijn nog niet in de vorm van scherp gestelde (toetsbare) hypothesen vooraf door de onderzoeker geformuleerd, zodat ze ook niet in eigenlijke zin getoetst kunnen worden.⁷¹ De onderzoeker is als het ware 'met zich zelf in gesprek' en probeert via een mentale empirische cyclus tot het formuleren van een bruikbare hypothese te komen.

⁷¹ De Groot 1994, p. 322.

Zo kan zich een vaag vermoeden ontwikkelen dat een systeem zou kunnen worden gebracht in de veelheid aan arresten die betrekking hebben op geschillen over de toepassing van privaatrechtelijke bevoegdheden door overheidslichamen.

Wat is de relevantie? Die is in de eerste plaats praktisch. Er is behoefte aan een theoretisch raam, waardoor in nieuwe zaken de uitkomst van een geschil beter kan worden voorspeld. Dat draagt ertoe bij dat minder geschillen ontstaan: als een overheidslichaam weet dat de rechter de hantering van een bepaalde privaatrechtelijke bevoegdheid niet toegelaten zal achten, zal hij er minder snel toe overgaan om die bevoegdheid toch te gebruiken.⁷²

Er is met andere woorden het vermoeden dat een theorie te ontwerpen is waardoor de verschillende uitspraken in een samenhangend verband kunnen worden gebracht. De vraag is echter uit welke onderdelen een dergelijke theorie zou moeten bestaan. Wat kan de verschillen en overeenkomsten tussen de arresten verklaren? Er is een centraal arrest: Windmill.⁷³ Er zijn arresten van daarvoor, en arresten van daarna. Zijn de vroegere arresten nog van belang, en zo ja, hoe? Let op: zo'n theorie beschrijft, maar schrijft als zodanig niet voor. De theorie is echter om te zetten in een rechterlijke beleidslijn. Sterker nog: zij kan ook worden vertaald in een wettelijke regeling waarin het inzetten van een bepaalde bevoegdheid afhankelijk wordt gemaakt van een ook al in de theorie beschreven omstandigheid.

Observatie

Deze fase kan bestaan uit het beschrijven van de reeds bestaande theorie, het in beeld brengen van de verschillen en overeenkomsten in de feiten en omstandigheden die ten grondslag lagen aan de geschillen waarop de arresten betrekking hebben, gekoppeld aan de verschillen en overeenkomsten in de oordelen van de HR. Dit deel

⁷² Dit is overigens een voorbeeld van een hypothese die in een juridisch onderzoek niet te onderzoeken is.

⁷³ HR 26-01-1990, NJ 1991, 393. Inspiratie voor dit voorbeeld ontleende ik aan de bespreking van dit arrest door Hennekens in *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 215 e.v.

van het onderzoek is beschrijvend van aard, maar kan als uitgangspunt het arrest Windmill nemen. Het daarin gegeven kader is een soort kapstok. De betekenis daarvan moet worden geanalyseerd, in het licht van de verschillende opvattingen die daarover door verschillende schrijvers zijn gegeven. Een dergelijke analyse is interpretatieftheoretisch van aard.

Inductie

In deze fase wordt onderzocht uit welke componenten een theorie zou moeten bestaan. We kunnen de in deze fase gebruikte methode als exploratief aanduiden. Het gaat erom te achterhalen welke factoren het oordeel van de rechter bepalen. Met die inventarisatie kan een voorlopige theorie worden ontworpen. In dit stadium is dus nog niet de vraag aan de orde welke rol die factoren spelen, maar om een 'kale' inventarisatie. Het gaat hierbij om een proces van trial and error en langzame uitbouw van de inventarisatie. Uit de eerste observatiefase is bekend welke arresten een rol spelen. Begin met de eerste en vink af welke feiten en omstandigheden het oordeel beïnvloedden. Ga zo door met de volgende en voeg steeds nieuw gevonden bepalende factoren aan de inventarisatie toe. Gaandeweg ontstaat overigens ook al een idee hoe de voorlopige theorie er uit zou moeten zien.

Vervolgens wordt een voorlopig theoretisch kader geïnduceerd. Dit kader is de te onderzoeken hypothese.

Deductie

De voorspelling is dat het kader de samenhang van de arresten sluitend zal beschrijven en dat de uitkomst van ieder arrest met behulp van de theorie kan worden verklaard. Dit betekent niet dat het kader al definitief is. Het is juist de bedoeling dat het verder ontwikkeld wordt door het steeds maar weer door toetsing op de proef te stellen.

Toetsing

Per arrest wordt onderzocht of voldaan wordt aan de voorspelling. Dit impliceert dat onder ogen wordt gezien dat een arrest zodanig kan worden uitgelegd dat het kader er niet op van toepassing is.

Slechts dan kan immers worden beoordeeld of het kader zodanig kan worden aangepast dat het wel van toepassing is. Het toetsingsonderzoek heeft een interpretatieftheoretisch karakter

Evaluatie

Steeds opnieuw wordt het kader aangepast aan de resultaten van de toetsing. De situatie kan zich voordoen dat het kader op een arrest niet van toepassing is en ook niet zodanig kan worden aangepast dat die toepasbaarheid wel aanwezig is. Op zich hoeft dit nog geen probleem te zijn, maar doet de situatie zich te veel voor, dan bevindt men zich op een doodlopende weg.

22. Een aantal problemen

Bij de manier waarop de rechtswetenschap wordt beoefend, is in de loop van de tijd een aantal vraagtekens geplaatst. Ik kies daar een aantal uit dat ook door Van Hoecke in zijn oratie is besproken: gebrekkige methodologische presentatie, weinig objectiviteit door verwevenheid van theorie en praktijk, en gebrek aan voorspellende kracht.

Gebrekkige methodologische presentatie

Deze kwestie heb ik al een paar keer zijdelings aan de orde gesteld. In de rechtswetenschap heeft zich op basis van traditie een eigen, verhalende manier ontwikkeld waarmee onderzoeksresultaten worden gepresenteerd. Tijssen duidt dit in zijn dissertatie in navolging van Voermans aan als het volgen olifantenpaden.⁷⁴ Deze manier roept binnen de rechtswetenschap zelf nauwelijks vragen op. Ik ben geneigd om te veronderstellen dat een op moderne methodologische inzichten gebaseerde presentatie daarentegen voor gefronste wenkbrauwen zou zorgen. Intussen zorgt deze traditie er voor dat rechtswetenschappers er grote moeite mee hebben om uit te leggen wat het doel van hun wetenschap is, welke de bijbehorende redeneermethoden zijn, waarom bepaalde bronnen voor het onderzoek wordt gebruikt, en hoe door middel van een bepaalde presentatie-

⁷⁴ Tijssen 2009, p. 152.

vorm het meest recht wordt gedaan aan het bereiken van het doel. Ook voor rechtswetenschappers kan het verwarrend zijn dat er een zo grote mate van verwevenheid is tussen wetenschap en praktijk (zie onder de volgende cursieve kop). Die verwarring kan er bijvoorbeeld voor zorgen dat ze een relatieve buitenstaander een vertekend beeld geven van de eigen aard van het rechtswetenschappelijk onderzoek. Zo geeft Vranken in een weergave van een gesprek met hem in het proefschrift van Thijssen aan dat er verschillende soorten dogmatisch onderzoek zijn: breed, beperkt, fundamenteel, toegepast, concreet, abstract, enz. Hij geeft vervolgens een voorbeeld van een olifantenpad bij een beperkt en concreet onderwerp. Dat voorbeeld heeft betrekking op de vraag of het opleggen van dwangsommen mogelijk is bij het afdwingen van een draagmoedervereenkomst.⁷⁵ Dat is inderdaad een vraag die door een rechtswetenschapper kan worden (en ook wordt)beantwoord, waarvoor een zeer uitgebreide kennis van eventueel bruikbare leerstukken nodig is, en die puur theoretisch van aard kan zijn omdat een concreet geval zich nog niet heeft voorgedaan. Het is toch eerst en vooral het beantwoorden van de vraag: wat moet de rechter beslissen als aan hem de vordering tot het opleggen van dwangsommen ter afdwinging van de nakoming van een draagmoederschap wordt voorgelegd. Men verplaatst zich dus in de rol van de rechter die een nog niet eerder behandelde casus voorgelegd krijgt en het moet stellen met regels die naar de letter genomen toepasbaar zijn, maar die overduidelijk niet zijn geschreven met de situatie van het draagmoederschap in het achterhoofd.

Vooralsnog zie ik niet dat het probleem zou worden gevormd doordat rechtswetenschappers de methodologie van de rechtspraak zouden toepassen, zoals door Van Hoecke is gesteld.⁷⁶ Als ze dat doen, dan bedrijven ze geen wetenschap, maar gebruiken hun wetenschappelijke kennis om praktische vragen te beantwoorden. Overigens is dat ook bij andere wetenschappers niet ongebruikelijk.

⁷⁵ Thijssen 2009, p. 152.

⁷⁶ Van Hoecke, p. 45.

Hij pleit ervoor dat academische juristen daarvan meer afstand nemen. Ook Tijssen stelt dat onderzoekers door de verstrengeling van wetenschap en praktijk vaak gebruik maken van dezelfde methoden als de praktijkjuristen, waarbij vooral de rechter als rolmodel fungeert.⁷⁷ Uiteraard moet dat pleidooi ondersteund worden als de daaraan ten grondslag liggende veronderstelling juist is, maar het is de vraag waarop de uitspraak van Van Hoecke berust. Het volgen van de methodologie van de rechtspraak zou betekenen dat rechtswetenschappelijk onderzoek bestaat uit een aaneenschakeling empirische cycli waarmee casus worden opgelost. Dat is echter niet zo. Beschrijvingen van casus komen inderdaad in groten getale voor in rechtswetenschappelijk onderzoek, niet om ze als zodanig te presenteren, maar om ze te analyseren met de bedoeling er achter te komen wat de betekenis is van begrippen die in de toegepaste rechtsregels voorkomen. Uit het onderzoek van Tijssen blijkt in ieder geval niet dat de juridische dissertaties aan het eerder gesignaleerde manco zouden leiden. Wel komt daaruit duidelijk naar voren dat het voor de herkenbaarheid van het onderzoek naar de buitenwacht toe aanbeveling verdient om de traditionele bakens te verzetten.⁷⁸

Weinig objectiviteit door verwevenheid

Omdat juristen, ongeacht hun latere werkplek, in hun opleiding een en dezelfde theorie krijgen bijgebracht, doordringt die theorie zowel de wetenschap als de praktijk van geschilbeslechting en regelgeving. De verwevenheid tussen wetenschap en praktijk wordt dus niet in de eerste plaats veroorzaakt door de vele personele uitwisselingen tussen beide gebieden, maar door het gemeenschappelijke theoretische kader, dat onder meer personele uitwisselingen mogelijk maakt. Het is de vraag of dit een probleem is, of juist een voordeel. Het is zeker niet zo, dat bij de objectiviteit van een individuele onderzoeker op basis van deze verwevenheid vraagtekens geplaatst kunnen worden. Dat zou anders zijn als een dergelijke onderzoeker

⁷⁷ Tijssen 2009, p. 161.

⁷⁸ Tijssen 2009, p. 183 e.v.

zijn eigen onderzoeksresultaten zou kunnen beïnvloeden door de praktische rechtstoepassing te manipuleren. Dat is nooit aangetoond. Wel is er sprake geweest van rechtswetenschappers die, eenmaal op de rechtersstoel of wetgeversfauteuil aangeland, hun theoretische inzichten wisten te vertalen in uitspraken en regels. Daar kan geen bezwaar tegen bestaan. Ook komt het voor dat academici optreden als adviseur of advocaat en in die rol standpunten innemen. Van Hoecke vermoedt dat die academici het moeilijk vinden die standpunten vervolgens te relativiseren in hun rechtswetenschappelijk werk.⁷⁹ Dit vermoeden gaat uit van een verborgen aanname, namelijk dat zulke standpunten relevant zouden zijn voor rechtswetenschappelijk werk. Het is de vraag of die aanname juist is. Aangenomen echter dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord, is het weer onduidelijk in hoeveel gevallen zich die situatie eigenlijk voordoet.

De voorspellende kracht van rechtswetenschap

Er wordt wel gesteld dat de rechtswetenschap geen aanspraak kan maken op volstrekte objectiviteit, omdat met behulp van de theorie nooit met 100 procent zekerheid de uitkomst van een geschil kan worden voorspeld. De theorie zou daarom te kort schieten. Deze stelling berust echter op een misverstand.

Een wetenschappelijke voorspelling heeft betrekking op de uitkomst van een nauwkeurig omschrijfbaar toetsingsonderzoek. Volgens De Groot wordt voorspeld wat in een bepaald opzicht zal worden gevonden 'bij bepaalde bewerkingen aan een vooraf omschreven empirisch materiaal'.⁸⁰ De theorie heeft betrekking op de ordening van het recht en men kan voorspellingen doen met betrekking tot die ordening. De uitkomst van een geschil heeft daarentegen betrekking op de toepassing van het recht. Die uitkomst is gebaseerd op de interpretatie van de concrete feiten en omstandigheden in het licht van een regel (en omgekeerd) en berust in min of meerdere mate op een rechtvaardigheidsoordeel. Met een voorspelling omtrent de

⁷⁹ Van Hoecke, p. 35.

⁸⁰ De Groot 1994, p. 93.

uitkomst van een geschil toetst men niet de theorie, maar de manier waarop een geschilbeslechter het recht zal toepassen. Dat is een andere tak van sport. Intussen komt de manier waarop het recht wordt toegepast voor een wetenschapper niet als een complete verrassing, omdat de theorie is afgeleid uit de manier waarop het recht wordt toegepast, terwijl die toepassing ook weer vorm krijgt binnen de door de theorie bepaalde ordening van het recht. Als gevolg daarvan neemt de voorspelbaarheid van geschilbeslechting toe. Men ziet in discussie over dit onderwerp vaak een verwijzing naar Oliver Wendell Holmes, die in een speech ter gelegenheid van de opening van een nieuw gebouw van de Boston University School of Law stelde: “The prophecies of what courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law”.⁸¹ Holmes doelde hier echter niet op de toetsing van wetenschappelijke theorieën, maar hij wilde aantonen dat een plicht volgens het recht niets anders is dan een voorspelling met betrekking tot een rechterlijk oordeel, zou de plicht worden geschonden.⁸²

⁸¹ O.W. Holmes, ‘The Path of the Law’, opnieuw gepubliceerd in *Harvard Law Review* 1996-1997, p. 994 (Holmes). Van Hoecke haalt deze passage aan en noemt haar een van de zeldzame visies op het recht waarin voorspellingskracht een centrale rol speelt (Van Hoecke, p. 29)

⁸² Holmes kon ook niet het oog hebben op de voorspelling als wetenschappelijk instrument, omdat die notie in zijn tijd nog ontbrak, terwijl rechtswetenschap in zijn tijd en zijn rechtsfamilie bovendien nog onderontwikkeld was. In zijn beschouwing breekt hij daarom een lans voor bestudering van ‘jurisprudence’, die hij aanduidt als ‘law in its most generalized part’ (Holmes, p. 1005).

